

Programa de Apoyo
Iniciación a la Investigación en la Universidad de la República
Comisión Sectorial de Investigación Científica (C.S.I.C.)

INFORME FINAL

***"Tratamiento de la reincidencia y la habitualidad
en la Jurisprudencia Nacional"***

Autor: *Dra. Natalia Acosta Casco,*
bajo la tutoría del Prof. Dr. Eduardo Pesce Lavaggi
Montevideo, 25 de octubre de 2002

INDICE

Introducción.....	2
Capítulo I: Problema de investigación.....	4
I.1 Fundamentación.....	4
I.2 Preguntas de investigación.....	5
I.3 Hipótesis de trabajo.....	5
I.4 Objetivos generales y específicos.....	6
I.5 Lineamientos teóricos básicos y conceptos principales.....	6
Capítulo II: Metodología.....	36
II.1 Tipo de diseño.....	36
II.2 Técnicas.....	37
II.3 Recolección de la información.....	39
Capítulo III: Análisis.....	43
III. 1 Procesamiento y análisis de las sentencias relevadas.....	43
III. 1.1 Segunda selección de sentencias. A) Reincidencia.....	47
III. 1.2 B) Declaración de habitualidad y medidas de seguridad.....	61
III. 2 Procesamiento y análisis de las entrevistas.....	68
Capítulo IV: Conclusiones.....	83
Referencias bibliográficas.....	90

INTRODUCCIÓN:

El presente es el informe final del proyecto de investigación: *Tratamiento de la reincidencia y la habitualidad en la jurisprudencia nacional* que en el marco del Programa de -Apoyo Iniciación a la Investigación en la Universidad de la República Comisión Sectorial de Investigación Científica (C.S.I.C.) llevamos adelante en el período 2001-2002.

Este proyecto busca describir y analizar el tratamiento que la jurisprudencia nacional ha dispensado a la Reincidencia y la Habitualidad.

Las preguntas que guiaron la investigación fueron las siguientes:

- ¿Se aplica la agravante de reincidencia?
- ¿Cómo fundamentan su aplicación nuestros tribunales?
- ¿Se realizan declaraciones de habitualidad?
- ¿Cómo fundamentan dicha declaración?
- ¿Imponen nuestros jueces medidas de seguridad eliminativas?
- ¿Cómo fundamentan tal aplicación?

Se optó por la realización de un estudio descriptivo, cuyo dominio empírico corresponde a la jurisprudencia de los Tribunales de Apelaciones en lo Penal en el trienio 1998-2000.

En definitiva, este informe de investigación pretende dar cuenta de lo realizado, planteando la problemática de estudio, el marco teórico utilizado, el análisis de los documentos generados por los tribunales, es decir, las sentencias definitivas, que fueron utilizados como fuentes de información secundarias. También presentaremos el análisis de las entrevistas a informantes calificados, utilizadas como fuente de información primaria y de las que nos valimos para triangular la información y poder, de esta manera, garantizar mayor validez a la investigación.

Las técnicas de investigación utilizadas fueron, como mencionamos, el relevamiento de las sentencias, identificando la aplicación de las agravantes de responsabilidad, y la entrevista para conocer los argumentos existentes frente la aplicación de éstas.

El relevamiento de sentencias nos sirvió como insumo para la realización de las entrevistas en profundidad a informantes calificados, con las que a su vez intentamos establecer los fundamentos de las mencionadas aplicaciones. Las entrevistas se proponen a operadores del sistema, como Ministros de los Tribunales de Apelaciones, Defensores y Fiscales.

El informe está dividido en cuatro grandes capítulos.

En el primer capítulo se presenta el problema de investigación y dentro de él hacemos referencia a los fundamentos, antecedentes, preguntas de investigación y objetivos. Damos cuenta, además, del marco teórico y la definición de nuestros conceptos principales.

En el segundo capítulo se explicita la metodología. Nos referimos al tipo de diseño y a las técnicas de investigación.

En el tercer capítulo, el lector encontrará una aproximación del procesamiento de la información recogida y el análisis de la misma.

En el cuarto, esbozamos las conclusiones.

CAPITULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

En el momento de iniciar el informe creemos conveniente exponer los fundamentos que nos llevaron a realizar esta investigación así como sus antecedentes, para luego hacer referencia a nuestras preguntas y objetivos (tanto generales como específicos). También explicitaremos nuestro marco teórico y estableceremos las definiciones de los conceptos centrales de la investigación.

1.1: Fundamentación:

El fenómeno de la reincidencia, su naturaleza, su ubicación en la teoría del delito- y, dentro de éste, si dentro del injusto o de la culpabilidad- o en la teoría de la pena, su constitucionalidad, son cuestiones que han sido largamente debatidas a niveles académicos, pero sobre los que no hay unanimidad de pareceres.

Sin embargo, hemos detectado que no existe mucha producción nacional sobre estos aspectos, lo que ha despertado nuestra preocupación científica.

La atribución de agravante de la responsabilidad que realiza nuestro Código Penal, pone de manifiesto la concepción peligrosista que lo inspira. De la misma forma, la declaración de habitualidad y la imposición de medidas de seguridad eliminativas, dan cuenta de lo paradigmático que resulta este Código¹, en cuya exposición de motivos, el mismo Codificador afirma que “la función represiva no es más que una función de defensa social”.

En tal sentido, nos pareció que era de orden- y ese es el objeto de la investigación- empezar su estudio conociendo el resultado de la aplicación de la normativa vigente en la materia y la opinión de los operadores del segmento judicial penal. Lo que creemos de importancia para los operadores del derecho en general, en tanto que reflejará los

¹ Como con acierto ha dicho el Dr. Carlos Uriarte: “*El Código Penal es una transacción entre el positivismo peligrosista de IRURETA GOYENA y las teorías clásicas del derecho penal, simbolizado en una transacción entre peligrosidad y culpabilidad*”. En “Control institucional de la niñez adolescencia en infracción”, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 1999, págs. 95 y ss.

parámetros considerados por nuestros tribunales para la agravación de las penas y la imposición de las medidas de seguridad.

Claro está, que también será menester la realización de una consideración crítica de la normativa, su aplicación y su fundamentación, así como de la existencia y efectos del instituto.

1.2: Preguntas de Investigación:

- ¿Se aplica la agravante de reincidencia?
- ¿Cómo fundamentan su aplicación nuestros tribunales?
- ¿Se realizan declaraciones de habitualidad?
- ¿Cómo fundamentan dicha declaración?
- ¿Imponen nuestros jueces medidas de seguridad eliminativas?
- ¿Cómo fundamentan tal aplicación?

1.3: Hipótesis de trabajo:

De acuerdo a nuestros objetivos de investigación y como respuesta tentativa a las preguntas que la guían, sostenemos como hipótesis de trabajo, que:

- La reincidencia se aplica como agravante de la responsabilidad;
- La discusión reside en cuanto a su aplicación o no, sin plantearse la constitucionalidad de su aplicación;
- Está directamente vinculada al concepto de peligrosidad;
- No se realizan declaraciones de habitualidad ni se impone la aplicación de medidas de seguridad, en la convicción de que los sujetos deben ser juzgados por sus actos y no por sus antecedentes.

1.4: Objetivos Generales y específicos:

- a) Obtener elementos que permitan sistematizar e identificar las percepciones sobre las concepciones de sujeto responsable y sujeto peligroso que subyacen en las resoluciones judiciales.
 - a.1) Sistematizar la respuesta judicial, a través del relevamiento de los fallos en los que se hayan considerado las agravantes mencionadas y hayan recaído medidas de seguridad eliminativas.
 - a.2) Identificar la valoración jurídica que los jueces efectúan respecto de una conducta realizada por una persona que ya ha cometido otras conductas que han sido reprochadas, esto es, que han merecido condenas penales.

1.5: Lineamientos teóricos básicos y conceptos principales:

El Derecho Penal Liberal se caracteriza por constituir un Derecho Penal de Acto, es decir, que la atribución de responsabilidad penal se fundamenta en el hecho realizado por el sujeto en contravención a la ley. Esta concepción, característica del Estado Social y Democrático de Derecho, se opone a aquella que vincula consecuencias jurídicas a partir de la forma de ser o la conducción de la vida del individuo, calificada por la doctrina como Derecho Penal de Autor; en ella, se desplaza la atención del delito como ente jurídico, al delincuente como realidad del mundo natural, visualizándose al delito sólo como expresión de la personalidad del delincuente.

La reincidencia importa- en la vía de los hechos- una repetición de delitos, que como agravante de la responsabilidad penal del sujeto se traduce en la disposición legal que hace derivar una consecuencia jurídica más grave o privativa de derechos, de la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito.

El instituto de la reincidencia no sólo pertenece al Derecho Penal sustancial, sino que se ha inmiscuido en el Derecho Procesal Penal. Podemos entrar a considerar este instituto al momento de la determinación de la pena a recaer, la aplicación de medidas de seguridad, la concesión de libertad condicional, salidas transitorias, etc., implicando- siempre- una aflicción mayor para quien posea la calidad de reincidente.

Sin perjuicio de las precisiones que haremos luego, en principio, y en atención al origen etimológico de la palabra, diremos que reincidencia significa recaída. Y, por supuesto, recaída en la “actividad delictiva”.

Así, expresaba Latagliata que este instituto de la reincidencia originariamente se asimiló a la simple reiteración de delitos, comenzando a adquirir autonomía conceptual *"cuando la condena por un delito precedente fue explícitamente reconocida como causa de agravación de la pena por el delito posterior (...). Para que se verifique la hipótesis de la reincidencia es menester que el sujeto haya sido hallado culpable, por lo menos, de dos delitos; debe existir, por tanto, una pluralidad de conductas criminosas."*²

En definitiva, el aspecto más relevante es el acto material de la recaída del culpable en la comisión de delitos.

El codificador uruguayo sostenía que la reincidencia se caracterizaba por la repetición de delitos, que podrían ser iguales- reincidencia específica-, o diferentes- reincidencia genérica-; y entendía que la reincidencia se diferenciaba de la reiteración porque en la reiteración los delitos se suceden sin la interposición de una condena.³

Por su parte, Zaffaroni renuncia a una definición, en razón de la dificultad de proporcionar un concepto satisfactorio a nivel internacional, y opta por la delimitación de un objeto de análisis, que, para él, en cuanto a la reincidencia, se entiende como *" la problemática de las disposiciones legales que hacen derivar una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos, de la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito"*.⁴

² A. R. Latagliata, “Contribución al estudio de la reincidencia”, Trad. de Carlos A Tozzini, De. Abeledo Perrot- Bs.As.- 1963, pág. 18/21.

³ Irureta Goyena, Notas explicativas del autor sobre la Parte General del Código Penal, en Código Penal de la R.O.U., anotado y concordado por Adela Reta y Ofelia Grezzi, FCU, Montevideo, 1991.

⁴ E.R. Zaffaroni, "Reincidencia", en Revista de Ciencias Penales N°2, Montevideo, 1996.

La reincidencia en el Código Penal Uruguayo. Está regulada en el artículo 48⁵ del Código Penal, en el Capítulo II del Título III del Libro I, entre las circunstancias agravantes que alteran el grado de la pena.

Sin embargo, esta agravante puede ser eliminada o compensada por el concurso de circunstancias atenuantes, ya que los artículos 50⁶ y 53⁷ dejan la valorización respectiva al arbitrio judicial. En efecto, de conformidad con lo establecido en dichos artículos, para elevar o rebajar la pena, el Juez atenderá, preferentemente, a la calidad de las circunstancias concurrentes y, teniendo en cuenta su valor “*esencialmente sintomático*” (sic, art. 53), tratará de formarse conciencia acerca de la peligrosidad del agente, para con tales conclusiones fijar la pena a aplicar⁸.

De acuerdo a la regulación legal (numeral 1 del artículo 48) se integra con dos elementos esenciales: a) una condena; b) un delito posterior.

Camaño Rosa, al estudiar el instituto, enseñaba que con relación a la condena anterior debe decirse que⁹:

- es indiferente que haya cumplido o no la pena (“*haya sufrido o no el agente la pena*”);

⁵ Artículo 48: Agravan también la responsabilidad: 1° (La reincidencia)- Se entiende por tal, el acto de cometer un delito antes de transcurridos cinco años de la condena por un delito anterior, haya o no sufrido el agente la pena, cometido en el país o fuera de él, debiendo descontarse, para la determinación del plazo, los días que el agente permaneciera privado de libertad, o por la detención preventiva, o por la pena.-

⁶ Artículo 50: (Efectos de las circunstancias agravantes y atenuantes)- Las circunstancias agravantes, tanto las generales como las especiales, le permiten al Juez llegar al máximo; y las atenuantes, al mínimo de la pena establecida para cada delito. Para elevar o rebajar la pena, el Juez atenderá, preferentemente, a la calidad de las circunstancias concurrentes y a las conclusiones que ellas permitan derivar acerca de la mayor o menor peligrosidad.

⁷ Artículo 53: (Concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes) Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho, el Juez, teniendo en cuenta su valor esencialmente sintomático, tratará de formarse conciencia acerca de la peligrosidad del agente, fijando la pena entre el máximo y el mínimo de acuerdo con las indicaciones que dicho examen le sugiera.-

⁸ En cuanto a la calidad de las circunstancias, el profesor Eduardo Pesce, expresa que “*tendrá que ver con el particular valor indicativo del mayor o menor grado de injusto, de culpabilidad o peligrosidad. Pero lo que ha nuestro juicio no puede sostenerse es que las circunstancias reguladoras de la peligrosidad (como la reincidencia), puedan considerarse con un contenido agravatorio cualitativamente superior, que las que indican la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor. Somos coherentes en este sentido, con las razones de índole constitucional que esgrimimos oportunamente para considerar que la peligrosidad debe ser considerada un correctivo en menos*”. Cfr.: Pesce Lavaggi, E. “La individualización de la pena” (aparecido con posterioridad a la entrega de este informe).

- debe tratarse de delitos de la misma naturaleza, ya que el artículo 49 establece que no existe reincidencia ni habitualidad entre delitos dolosos y culpables, comunes y militares, comunes y políticos, entre delitos y faltas;
- pudo haber sido dictada tanto por un tribunal nacional como por uno extranjero (*“cometido en el país o fuera de él”*);
- la condena debe ser de carácter penal, esto es, *“las sentencia de absolución o de sobreseimiento no pueden ser tomadas nunca en consideración a tal efecto, cualquiera sea el motivo y aún cuando éste presuponga comprobada la culpabilidad del absuelto, como el perdón judicial (art. 127). Las medidas de seguridad sustitutivas de la pena (arts. 92, 103), no deben confundirse con la condena ni pueden, por lo tanto, constituir base para la reincidencia”*¹⁰.
- debe tratarse de una sentencia de condena que se encuentre ejecutoriada: si el delito se comete encontrándose un proceso en trámite, no es reincidencia sino reiteración de delitos (art. 54);
- desde que se hizo irrevocable, la condena produce efectos mientras no sea anulada, esto es, produce efectos aunque se haya fugado o se haya extinguido la pena por indulto, prescripción o libertad anticipada o condicional, pero no puede tenerse en cuenta en los casos de muerte del reo, amnistía o cuando una ley suprime delitos existentes, ya que en tales casos hay extinción del delito. Lo mismo sucede con las causas que extinguen el delito antes de la condena (gracia, remisión, prescripción, suspensión condicional de la pena, perdón judicial, etc.).

El numeral 1° del artículo 48 establece que el nuevo delito debe cometerse antes de transcurridos cinco años de la condena, que se cuentan a partir del vencimiento de la misma.

Por imperio del artículo 17 del CPU, la reincidencia también operará como agravante en los delitos descriptos en las leyes penales especiales, salvo que las mismas dispongan lo contrario.

⁹ Camaño Rosa, Antonio, en “Derecho Penal”, Montevideo, 1957, pág. 215 y ss., y en “Estudios Penales y Procesales”. Vol. III, Cap. VII, Montevideo, 1973, pág. 340 y ss.

¹⁰ Idem, pág. 222 y 223.

No se aplicará como agravante general cuando la ley ha previsto a la reincidencia como agravante especial del hecho.

Con relación a los efectos, debe puntualizarse que:

- permite llegar al máximo de la pena¹¹;
- la amnistía y el indulto no alcanzan a los reincidentes, salvo que en la ley se establezca lo contrario (art. 108 y 128 del Código Penal);
- impide el otorgamiento de la gracia, cuando estuviera referida a delitos que hubieran violado el mismo bien jurídico (art. 20.1 de la Ley N° 15.737, en la redacción dada por la Ley N° 17.272);
- impide la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la pena (num. 2° del art. 126 del Código Penal);
- permite la elevación del término de la prescripción, cuando por la gravedad del hecho, en sí mismo, la naturaleza de los móviles o sus antecedentes personales, se perfila en concepto del Juez, el reincidente como sujeto peligroso (art. 123 del Código Penal).

Habitualidad por reincidencia. El numeral 2 (habitualidad facultativa) del artículo 48 dispone que *puede* ser considerado habitual el que, habiendo sido condenado por dos delitos anteriores, cometiere un nuevo delito antes de transcurridos diez años desde la condena por el primer delito; y el numeral 3 (habitualidad preceptiva) del mismo artículo prescribe *debe* ser considerado habitual el que encontrándose en las condiciones mencionadas, acusare una tendencia definida al delito en concepto del Juez, por el género de vida que lleva, su inclinación a la ociosidad, la inferioridad moral del medio en que actúa, las relaciones que cultiva, los móviles que surgen del delito cometido y todos los demás antecedentes de análogo carácter.

Tales definiciones confirman la concepción del codificador de que el régimen de la habitualidad en nuestro Código es la *cristalización de la reincidencia* y por eso la integra con dos elementos: uno objetivo, que es se compone del número de condenas dentro de un lapso determinado; y otro subjetivo, por el que deja librado a la apreciación judicial el análisis de peligrosidad del individuo que se juzga.

¹¹ Ver nota 8.

El efecto más importante de la declaración de habitualidad, sin perjuicio de los ya indicados para la reincidencia, es que permite la aplicación de medidas de seguridad eliminativas. En el caso de la habitualidad preceptiva, la imposición de las medidas, valga la redundancia, también es preceptiva (art. 48 num. 3º y 92 inc. 4 del Código Penal).

Habitualidad por reiteración. En sede de concurso de delitos, el art. 55 del Código Penal, establece que cuando los delitos excedieren de tres y se cometieren en el término de diez años o en un período mayor de tiempo a contar del primero, la pena no varía; pero el Juez podrá, en el primer caso, declarar al autor delincuente habitual, de acuerdo con lo establecido en el inc. 2º del art. 48 y, con ello, proceder a la aplicación de medidas de seguridad.

Las medidas de seguridad eliminativas son sanciones diferentes a las penas, pero también suponen una restricción a la libertad del individuo y se establecen en virtud de sentencia ejecutoriada. Tienen su origen en la convicción del fracaso de las penas¹².

Sin embargo, son iguales estructuralmente¹³ y mientras las penas tendrían su justificación en la culpabilidad, las medidas de seguridad las tendrían en la peligrosidad; pero esto último entra en cuestionamiento tanto por plantear conjuntamente dos realidades tan diferentes como por la posibilidad real de definir ambos conceptos: el primero (culpabilidad) resulta metafísico, y el segundo (peligrosidad), por lo menos, metaempírico.

¹² Ver Carballa, J.B., "Temas de Derecho Penal, 1er. Curso. Medidas de seguridad", División Publicaciones y Ediciones de la Universidad de la República, Montevideo, 1977.

¹³ Como ya sostuvieran los Prof. Carballa y Reta, en la VII Conferencia Panamericana de Abogados, celebrada en Montevideo, en 1952, "*Las medidas de seguridad eliminativas se cumplen, como ya se ha expresado, en las mismas cárceles en las que se ha cumplido la pena y el artículo 99 del Código Penal establece que 'implican en cuanto fuere aplicable', el mismo régimen de la pena de penitenciaría. El condenado a medidas eliminativas se halla, por lo tanto, sometido a un régimen que en nada se diferencia del que regula la conducta carcelaria del penado y, en la realidad, la única circunstancia que permite diferenciar el uno del otro, es el uniforme, signo externo que no puede, por su propia naturaleza, ejercer ninguna influencia rehabilitadora. Las medidas de seguridad se transforman así en un procedimiento destinado a mantener al penado privado de su libertad por un tiempo más prolongado, sin ejercer sobre él, en mérito a las características apreciadas por el Juez al imponerlas, un tratamiento especial*".

En 1993 se reimplantaron en nuestro país las medidas de seguridad eliminativas (derogadas en 1985), autorizándose a los jueces a aplicarlas a habituales, violadores y homicidas que denuncien una gran peligrosidad.

Fuentes y concepción ideológica.- En las notas explicativas ¹⁴, el codificador expresa que su proyecto da solución a viejos problemas doctrinarios, aglutinando reincidencia genérica con específica, asimilando condena a pena, exigiendo un intervalo de tiempo entre la condena y la nueva ejecución del delito y atribuyéndole el mismo valor a la sentencia extranjera que a la nacional.

Para que no queden dudas acerca de su orientación, dice literalmente: *“es la concepción que mejor se ajusta al principio de la peligrosidad. El delincuente que pasa de un delito a otro, no resulta menos temible que el que concentra su actividad en la ejecución del mismo atentado; el que persiste después de una condena, moralmente no vale más que el que reincide después de sufrido el castigo”*.

La fuente es- sin perjuicio de que el instituto ya estaba regulado en el Código de 1889- el Código Italiano de 1931, pero se separa de sus prescripciones en cuanto éste considera más grave la reincidencia específica que la genérica, no admite el principio de la temporalidad en las infracciones y perfila la profesionalidad independientemente de la habitualidad.

Pretendidos fundamentos jurídicos de la agravación de la responsabilidad por reincidencia¹⁵. Un delito significa siempre, o casi siempre, un agresor, una víctima y un bien jurídico. A la víctima se le expropia el conflicto, ya que la sociedad en su conjunto se siente atacada, y, entonces, parecería que comienza una batalla de todos contra uno. Si el individuo ya había cometido un delito por el que había sido condenado anteriormente, el reproche será mayor, aparecerá la reincidencia, para agravar su responsabilidad.

¹⁴ Ver Nota 3.

¹⁵ Sin perjuicio de que este ítem está basado en la relación realizada en un trabajo anterior de nuestra autoría, en esta oportunidad nos asistiremos también- aunque parcialmente- del esquema utilizado por el Prof. Mir Puig, en “La Reincidencia...”, Capítulo 16.

Intentaremos reseñar algunas de las posiciones doctrinarias que tratan de justificar este instituto.

1.- Teoría de la insuficiencia relativa de la pena (Carrara). Para Carrara, la reincidencia es una consecuencia de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria. No cree que el reincidir aumente la "cantidad" del segundo delito, sino que la pena no ha servido como defensa ni como pena.¹⁶ El aumento de la pena se basaría en una presunción, pero no de mayor perversidad, que considera equivocada, sino de mayor insensibilidad frente al castigo asignado.

Como señala Mir Puig, para llegar a tal conclusión el autor italiano parte de que la ley presume: Primero, la insuficiencia de la conminación de la pena ordinaria para impedir que la mayoría de los ciudadanos delincan (prevención general); Segundo, que si alguno delinque, la experiencia de la pena ordinaria será suficiente para evitar la recaída (prevención especial). Como consecuencia de ello, la recaída del reincidente demuestra que esta doble presunción deja de poseer validez frente a él, puesto que ha sufrido sin el éxito esperado, por lo que aplicarle la pena ordinaria "*futile*", en la medida que en que su reincidencia ha revelado la insuficiencia relativa – frente al reincidente- de tal pena.

Esta opinión ha sido criticada, ya que¹⁷:

- a) a pesar de sus intentos, no logra evitar que su planteamiento conduzca a situar al sujeto, y no al acto, en el centro del sistema;
- b) supone suficiente una justificación puramente preventiva de la agravación propia de la reincidencia;
- c) entendida como insuficiencia de la pena ordinaria correspondiente al actual delito, puede verse contradicha en el caso concreto, sobre todo en atención a la diversidad de infracciones que pueden entrar en juego en la reincidencia. La pena pudo ser insuficiente para el delito anterior y no serlo para el actual;

¹⁶ F.Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte general, Vol.II, Ed. Temis.

¹⁷ Mir Puig, S., "La reincidencia en el Código Penal", Bosch, Casa Editorial S.A., 1974, pág. 432 y ss.

d) da por supuesto la eficacia correctiva de la ejecución de la pena según el estado real de las instituciones penitenciarias, lo que contradice las observaciones tradicionales y constantes efectuadas por la doctrina¹⁸.

2.- Teorías que basan su fundamento en la repetición de infracciones. Como se verá, la repetición delictiva ha cumplido el rol de soporte último del fundamento de la reincidencia en la misma medida en que ha sido integrante esencial del instituto.

A los efectos de su comprensión, es de evidente utilidad el esquema elaborado por Carrara- aún cuando no lo sigue- relativo a la distinción entre daño inmediato y daño mediato del delito. El daño inmediato consistiría en la lesión del bien jurídico tutelado y el mediato en la alarma que se produce en la sociedad como consecuencia de tal lesión, la que sería mayor en el caso del nuevo delito, en tanto el delito del reincidente afecte en mayor medida al sentimiento de seguridad de los ciudadanos que el delito del delincuente primario.

2.1.- Mayor Alarma Social (Zanardelli). Zanardelli entiende que la reincidencia agrava el delito en su elemento político, por lo que fundamenta el aumento de la pena por reincidencia en la mayor alarma social que produce el que ha delinquirido varias veces, ya que esa repetición indicaría la peligrosidad de ese individuo. *"La circunstancia subjetiva de la especial perversidad del agente, se convierte en circunstancia objetiva del delito, haciendo crecer el temor ante el pernicioso ejemplo de su obstinado desprecio por la ley".*¹⁹

La crítica que a menudo reciben estas posiciones, es que la alarma social puede no producirse y, en todo caso, es un elemento extrínseco al delito.

En nuestro medio, quien sostiene esta posición es el Prof. Cairoli, quien opina que la agravación de la responsabilidad penal por motivo de la reincidencia no está de acuerdo

¹⁸ A lo que el mismo Mir Puig agrega: *"Importante es, en todo caso, destacar que, aparte de las importantes dificultades que la posibilidad de la reeducación penitenciaria encuentra, el reservar a la misma la función de evitación de ulteriores recaídas supone una concepción etiológica del delito anclada en una perspectiva individual que parece como insuficiente ante la orientación sociológica que en la actualidad preside progresivamente la ciencia criminológica"* (op. cit., pág. 437).

con los cánones de un derecho penal liberal, la única explicación posible es que la agravación sólo se justifica en mérito a la mayor alarma social que se causa cuando alguien ya ha sido prevenido con una sentencia de condena y aún así sigue delinquir. Esa alarma social sería un sentimiento colectivo que lleva al descreimiento de la sociedad respecto a que sus bienes jurídicos estén garantizados y por eso no es proporcional al daño sufrido, sino, en realidad, al resentimiento que la sociedad siente en cuanto a su confianza en el derecho como tutela de su seguridad²⁰.

En similares términos parecería pronunciarse el Prof. Langón, quien admite modernamente que la agravación por reincidencia significa la entronización de mecanismos de un Derecho Penal de autor, al mismo tiempo que vulnera el principio del non bis in ídem. Sin embargo, expresa que es una de las circunstancias de agravación que tienen más apoyo en la opinión pública, y que el sentimiento popular, probablemente no aceptaría ninguna hipótesis de eliminación en el momento actual.²¹

2.2.- El fundamento basado en la repercusión objetiva del ilícito en el segundo delito (Manzini). En Manzini, encontramos que la reincidencia indicaría la voluntad persistente de delinquir y de no uniformarse al orden jurídico general, penalmente sancionado. En consecuencia, la causa de que la reincidencia sea agravatoria, es la agregación de un particular incremento del injusto objetivo en la actual infracción, y la caracteriza como "*circunstancia agravante de la imputabilidad o culpabilidad psicológica del reo*".^{22 23}

¹⁹ Citado por Edgardo Alberto Donna y María José Iuvaro, "Reincidencia y culpabilidad", Ed. Atrea, Bs.As., 1984; ver también Mir Puig, S. "La reincidencia...", pág. 441.

²⁰ Cairoli Martínez, M., Curso de Derecho Penal Uruguayo, T. II, Primera Edición, Primera reimpresión inalterada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993, pág. 186 y ss.

²¹ Langón Cuñarro, M., Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, Ediciones del Foro, Montevideo, 2001, pág. 45. El autor también señala que la doctrina nacional ha considerado a la reincidencia como una circunstancia de agravación fundada en el aumento de la culpabilidad por la recaída en el delito, lo que modernamente daría lugar a considerar que hay un aumento de reproche, lo que es congruente con la limitación a la reincidencia entre delitos dolosos y culposos (art. 49 C.P.), ya que en estos últimos no existe la voluntad criminal persistente.

²² V. Manzini, Tratado de Derecho Penal Italiano, Parte General, Tomo II, Trad. Santiago Santís Melendo, y Marino Ayerra Redín, Ediar, Bs.As., 1965, pág. 695.

²³ En similar sentido se pronuncia Gian Doménico Pisapia, quien afirma que la reincidencia no es una verdadera y propia circunstancia agravante de la pena, sino una cualificación personal del sujeto, que, por otra parte, demuestra la ineficacia de la pena aplicada. Ver "Reflexiones sobre la reincidencia", en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, AAVV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, pág. 329/338

Para Manzini, cualquier delito lesiona por lo menos dos bienes jurídicos, ya que la obediencia al Estado sería un bien jurídico lesionado en todo delito. En la reincidencia, el segundo delito se caracterizaría por encerrar un *plus* de particular lesión del interés genérico al mantenimiento del orden jurídico general protegido penalmente.

En definitiva, la reincidencia sería una circunstancia agravante porque incide sobre la tipicidad del hecho, depende además de una consideración de ese interés que él denomina derecho general a la seguridad.²⁴

2.3.- La repetición de infracciones como causa que afecta al sujeto. La Escuela Positiva: mayor peligrosidad. La Escuela Positiva, fundamenta la existencia de este instituto, en la tan mentada defensa de la sociedad, necesaria frente a las personas que insisten en la violación del orden establecido. De conformidad con sus concepciones, la sanción penal tiene como presupuesto no la culpabilidad del individuo, sino su peligrosidad. Por ende, la calidad de reincidente demostraría una mayor "incurregibilidad" del sujeto.

Así, Garófalo sostenía que la criminalidad tiende a encerrarse aumentando las reincidencias en mayor proporción que los delitos cometidos por personas que delinquen por primera vez.

Como con acierto señala Mir Puig, *“los representantes de la Escuela Positiva italiana encontraron en la reincidencia un argumento favorable a su planteamiento ideológico. Nada diferencia la gravedad objetiva del delito del reincidente del mismo delito cometido por el delincuente primario. Lo que varía en ambos casos es el sujeto del delito, el delincuente”*²⁵. El reincidente demuestra una peligrosidad y temibilidad mayores que el delincuente primario, lo que autoriza la reacción ya no represiva, sino preventiva del Estado y la aplicación de medidas de seguridad.

2.4.- Explicación de la regulación jurídico- positiva de la reincidencia. La mayor posibilidad de delinquir en el futuro (Antolisei). Antolisei construye una teoría que permite adaptar el planteamiento de la Escuela Positiva al derecho positivo italiano.

²⁴ Conforme Donna- Iuvaro, ob. cit. pág. 59.

Partiendo de la hipótesis positivista, de que cualitativamente la reincidencia es indicadora de la inclinación futura a delinquir, considera que la misma debe aumentar la pena porque importa un supuesto particular de *mayor posibilidad* de delinquir del reo (sin necesidad de demostrar su peligrosidad, esto es, la probabilidad de delinquir).

Esta teoría despertó muchas críticas por parte de los propios coterráneos de Antolisei, quienes entendían que si la reincidencia se explica acudiendo a la personalidad del reincidente y participa del significado “capacidad para delinquir”²⁶, en la medida en que ésta constituye objeto de asignación de pena, pertenece al derecho penal represivo que mira de modo inmediato al pasado, estando reservada la específica prevención de futuro a las medidas de seguridad²⁷.

2.5.- La mayor inclinación para delinquir como índice de culpabilidad de autor (Bettiol). La reincidencia constituiría una cualificación subjetiva y la esencia de esa cualificación estaría en la inclinación al delito que subsiste en el ánimo del reo, por lo que entonces lo que se castiga en la reincidencia es el modo de ser del agente. Para Bettiol, la razón de que la ley le asigne mayor pena a este modo de ser del reincidente hay que buscarla en la concurrencia de una especial reprochabilidad en él.

La reincidencia no agrava el nuevo delito, se requiere la agravación de la pena, porque se le reprocha al individuo todo un determinado tenor de vida. La culpabilidad en la reincidencia no se ubica en el delito actual, sino en la conducta anterior del autor: es culpabilidad de autor y no de acto, porque el individuo habría podido evitar con mayor esfuerzo personal, recaer en el delito y dejar que se formase en él la inclinación al delito.²⁸

2.6.- La inclinación a delinquir como base naturalística de una culpabilidad típica en la actual infracción (Dell'Andro). Dell'Andro ha sostenido que en la reincidencia se

²⁵ Mir Puig, S. “La reincidencia...”, pág. 446 y ss.

²⁶ El artículo 133 del Código Italiano establece que la capacidad para delinquir se deduce de los motivos para delinquir y del carácter del reo, de los antecedentes penales y judiciales y, en general, de la conducta y de la vida del reo, con anterioridad al delito, de la conducta contemporánea y subsiguiente al delito y de las condiciones de vida individuales, familiares y sociales del reo.

²⁷ Cf. Mir Puig, S. “La reincidencia...”, pág. 452 y ss.

²⁸ Estudiado por Donna- Iuvaro, ob. cit., pág. 57.

sanciona la inobservancia del imperativo penal, por lo que el delito cometido posteriormente sería objetivamente, de una cualidad y gravedad diferentes a las referidas con el primer delito. Ese segundo delito no sería sino la expresión de la culpabilidad del sujeto, esto es la culpabilidad de la inclinación. *"Y si bien admite que no se puede castigar la inclinación al delito, (...) sí es factible reprobando penalmente la realización de un delito a quien se hallaba en el momento de cometerlo en una situación particular por la cual se le dirigía un mandato concreto de impedir el delito. El destinatario de este imperativo es el reo, para quien la inclinación a delinquir no es todavía un hábito y puede evitarla."*²⁹

Para Mir Puig, la originalidad de este autor, radica en la formalización dogmática de las relaciones existentes entre la "categoría de reidad", como cualificación del sujeto, y el nuevo delito, así como en el encuadramiento de esta relación en el seno del funcionamiento de la norma concreta que agrava la pena o el delito del ya reo³⁰.

En nuestro país, Bayardo se ha pronunciado en el sentido de Dell'Andro, en la consideración de que la reincidencia- como recaída en el delito que es- *"importa una intensificación del proceso psíquico voluntario que gobierna la conducta ilícita, lo que obviamente gravita sobre la culpabilidad, haciéndola mayor; cuyo fenómeno se proyecta sobre el régimen de responsabilidad agravándola y aumentando la pena como medida que es de la misma"*³¹

2.7.- La condena anterior como índice de una personalidad desvalorable (Maggiore).

Para Maggiore, la reincidencia es más que una simple circunstancia, *"la reincidencia reviste toda la personalidad del reo, el cual, al perseverar en el delito y al portarse como refractario del poder represivo y educativo de la pena, se muestra más perverso y temible.(...) a la reincidencia no puede considerársela circunstancia en sentido propio, porque no tiene nada de accidental, sino que es expresión esencial y fundamental del carácter del delincuente."*³² Admite que la reincidencia influye sobre la imputabilidad y no

²⁹ Donna- Iuvaro, ob. cit., pág. 62.

³⁰ Mir Puig, S. "La reincidencia...", pág. 468.

³¹ Bayardo Bengoa, F., "Derecho Penal Uruguayo", Tomo II, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1963, pág. 293.

³² G. Maggiore, Derecho Penal, Vol. II, Ed. Temis, Bogotá, 1972, págs. 197 y ss..

sobre la pena, señalando que la recaída en el delito demuestra que ni la amenaza ni el dolor de la pena pudieron apartar al individuo de cometer un nuevo delito.

2.8.- La agravación por el desconocimiento de la advertencia precedente (Mezger).

Por otra parte, Mezger, analizando "Las referencias de la acción a la total personalidad del autor", ha sostenido que la agravación de pena por reincidencia, descansa en la especial advertencia precedente. La ley consideraría al acto repetido, como una expresión clara de la personalidad del sujeto, elevando la culpabilidad y la pena.³³

2.9.- La crítica de Latagliata. Para Latagliata, *"la construcción dogmática de la reincidencia como calificación jurídica subjetiva del reo es equívoca. (...) el concepto de reincidencia con exclusión de la estructura objetiva del hecho, no alcanza a explicar (...) en qué forma la cualidad personal del sujeto se refleja sobre la acción criminosa y la agrava, ni a decir sobre qué aspecto del ilícito se manifiesta esta influencia de la persona, si sobre la tipicidad o la culpabilidad..."*³⁴ Este autor sostiene que la reincidencia se halla en la doctrina de la culpabilidad por su contenido subjetivo, por su típico modo de querer la acción vedada por la norma incriminante, esto es por el fuerte grado de desobediencia contra los mismos mandatos, característicos de cierta personalidad.

Con una notable influencia de Welzel, insiste en que el juicio de reproche, en la culpabilidad del reincidente, mira exclusivamente hacia el hecho de que éste no se ha dejado impresionar por la advertencia implícita en la precedente condena. El reproche le alcanza por haberse dejado llevar, *"por haber menospreciado la pretensión del derecho, a causa de una insuficiente posición de autocontrol frente al impulso"*.³⁵

En otras palabras, la reincidencia agravaría la culpabilidad porque el recuerdo de la experiencia de la condena antecedente supone para el reo el enriquecimiento de la aptitud del sujeto para comprender el contenido de la prohibición legislativa y conocer el desvalor

³³ E. Mezger, Tratado de Derecho Penal, T.II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, págs. 54, 115-116.

³⁴ A.R.Latagliata, ob. cit., pág. 248/249.

³⁵ A.R.Latagliata, ob. cit., pág. 282.

de la acción, lo que significa también un aspecto del problema más general de la conciencia de la antijuricidad³⁶.

3.- La crítica de Mir Puig. Al concluir su trabajo de investigación sobre la reincidencia en el Código Penal Español (anterior al de 1995), expresa que ha pretendido encontrar una fundamentación convincente de la agravación asignada a la reincidencia, no ya en el sentido de adecuada a la regulación positiva de dicha institución, sino en el de satisfactoria según las exigencias de la ciencia penal actual.

Sostiene que *“debe reconocerse que la idea según la cual el haber sido sujeto pasivo de la reprobación personal por una infracción, no sólo jurídica, sino también familiar y social, es admitida generalmente por la sociedad, y constituye causa de mayor desvalor de la nueva recaída, sobre todo si el nuevo hecho es análogo al anteriormente reprobado. De ello da muestra la constante presencia de la reincidencia como causa de agravación en los Códigos (...) Sin embargo, tal idea posee un carácter moralizante impropio del derecho penal actual (...) Un derecho penal de garantía para el individuo ha de limitarse a castigar con pena la lesión y puesta en peligro de los bienes jurídicos externos más importantes- ultima ratio, carácter fragmentario- y el solo desprecio de tales bienes, el tomarlos poco en serio, la enemistad al derecho (Rechtsfeindschaft) no afecta en sí mismo a su integridad, ni siquiera en la forma de exposición a peligro”*³⁷.

En su opinión, la regulación legal de la reincidencia representa un claro ejemplo de la mentalidad abstracta e idealista que caracterizó a la legislación liberal fruto del movimiento ideológico que culminó en la Revolución Francesa y que lleva, en definitiva, a la práctica el principio kantiano “tú puedes ya que debes”, planteamiento que se halla alejado de la realidad en tanto en el proceso de motivación influyen muy diversos elementos entre los cuales el dato normativo del significado de la sentencia condenatoria antecedente se halla compensado con creces por la propia eficacia empírica criminógena del castigo, o, en todo caso, por la mayor facilidad de delinquir producto de la anterior comisión. El olvido de estos factores causales enseñaría el divorcio con las realidades

³⁶ A.R.Latagliata, ob. cit., pág. 253 y ss..

³⁷ Mir Puig, S., ob. cit., pág. 538/539.

sociológicas, con la diversidad real, que es difícilmente reconducible a las categorías esencialmente generalizadoras de la regulación jurídica de los delincuentes reincidentes.³⁸

En definitiva, supone deseable la supresión de las circunstancias de agravación de la pena por reincidencia, debiendo bastar a las necesidades preventivas la asignación de medidas de seguridad para los casos de habitualidad demostrativa de peligrosidad. Ello supondría que tales medidas se llevaran a la práctica de acuerdo con el sentido puramente preventivo y resocializador- cuando ésta sea lícita y posible- y no como verdaderas penas de hecho.

Y expresa con gran honestidad intelectual: *”Lo que no cabe es subvenir a las necesidades de prevención a través de asignación de pena a supuestos en que el aumento del desvalor del acto no parece suficiente desde la perspectiva del derecho penal actual, instrumentalizando a la pena para fines que les son ajenos (...) No debe olvidarse que el origen de esta clase de tratamiento- las medidas de seguridad- junto a la pena, se encuentra en el objetivo de liberar a ésta de contenidos preventivos incompatibles con los límites políticos de su cometido”*³⁹.

4. La opinión de Zaffaroni. Partiendo de una concepción liberal *realista* del derecho penal, que no se distancie de las ciencias sociales, Zaffaroni es partidario de la abolición definitiva de la reincidencia (*“de la misma forma en que desapareció en su momento la tortura en el ámbito procesal o la analogía en el campo penal”* y con lo que la recuperación del derecho penal de garantías daría un paso sumamente significativo) y de sus cercanos conceptos, *“evocativos, en todos los tiempos de las desviaciones autoritarias respecto de los principios fundamentales del derecho penal liberal y, especialmente, del estricto derecho penal de acto”*. A esta conclusión llega tras examinar los planteos jurídicos que explican la reincidencia, a lo que agrega que las tentativas de explicarla dentro del marco de un derecho penal de acto *“son todas insatisfactorias”*⁴⁰.

³⁸ Idem, pág. 542 y ss..

³⁹ Idem, pág. 547/548.

⁴⁰ “Reincidencia”, en Revista de Ciencias Penales N° 2, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 1996.

Así, la confrontación de los datos criminológicos con las afirmaciones jurídicas, le permite afirmar que resultaría que *“el supuesto mayor daño político o mediato del segundo delito, la presunta mayor probabilidad de un nuevo delito o la pretendida mayor perversión de la personalidad del autor, serían efecto de la intervención punitiva anterior, o sea, atribuibles al propio Estado, en tanto que, en lugar de una imaginaria mayor conciencia de la antijuridicidad, en la reincidencia habría por lo general una menor culpabilidad en virtud de la reducción del ámbito de autodeterminación que genera la previa intervención punitiva, por estigmatizante y reductora del espacio social del penado. (...) Las tentativas de fundar la agravación por reincidencia en un mayor contenido de injusto del hecho, sólo se sostiene- y muy dificultosamente- cuando se perturba la claridad del concepto de bien jurídico, acudiendo a la elaboración de un bien jurídico estatal que, en último análisis, sería un autoritario derecho estatal a la obediencia pura, en tanto que los argumentos de mayor culpabilidad solo pueden sustentarse desde la admisión de un reproche normativo de personalidad, o sea, apelando al concepto de culpabilidad de autor, salvo, claro está, el superado intento positiva de abierto autoritarismo consistente en suprimir la culpabilidad”*⁴¹.

El debate en cuanto a la justificación de la agravación de la pena por reincidencia se resume, a su juicio, en el debate entre el derecho penal liberal o de garantías o derecho penal autoritario, dado que el análisis de las principales estructuras argumentales de justificación del instituto nos muestra, o bien que se desvían del derecho penal liberal o de garantías retomando elementos propios de la ideología penal anterior al derecho penal liberal (línea espiritualista del “estado de pecado” y culpabilidad de autor) o bien, tomando prestados elementos del movimiento antiliberal de la segunda mitad Siglo XIX (línea peligrosista del positivismo evolucionista).

La legitimación de la sanción penal al hombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebra el principio de la intangibilidad de la conciencia moral de la persona y abre el paso a un ejercicio de poder meramente disciplinante que exalta el orden como valor autónomo,

⁴¹ Idem anterior.

a la obediencia en sí misma⁴², implicando un *bis in idem* que contribuye a aislar el discurso jurídico de la realidad. Y, en tal sentido, citando a Mittermaier sostiene que “*en la generalidad de los casos es el propio estado y el propio sistema penal el que debe cargar con la culpa de la reincidencia. Los sistemas penales, con demasiada frecuencia, no son más que aparatos que fabrican reincidencia, y sus instituciones totales, verdaderos campos de entrenamiento para candidatos a reincidentes y “habituales”*”⁴³.

Finalmente, en su *Derecho Penal- Parte General*, sostiene que la reincidencia como circunstancia alteratoria de la pena, en todo caso podría considerarse como atenuante, dado que puede tener el efecto de disminuir el ámbito de autodeterminación de la persona en cuanto a la culpabilidad de acto y, a su vez, podría aumentar el nivel del estado de vulnerabilidad “*por el efecto de un anterior ejercicio de poder punitivo prisionizante, que provoca estigmatización, prohibición de coalición, desempleo y rechazo social, al tiempo que confirma el estereotipo y fija el rol desviado conforme al mismo*”⁴⁴.

5. Algunos problemas planteados

5.1 Non bis in idem y reincidencia. Este principio, tan pobremente estudiado y explotado, es uno de los principios más importantes del Derecho Penal Liberal, y consecuencia elemental de cualquier concepción que tenga en el centro al hombre, porque los efectos de su violación son una afectación directa a sus garantías. Se le ha concebido como adjetivo, quizá por su relación con el enjuiciamiento, que obviamente tiene que ver con el Derecho Procesal Penal. Pero pese a que su formulación es negativa, no puede soslayarse que implica la certeza, positiva, de que no se le puede aplicar ninguna pena nueva, distinta, a la persona que ya fue juzgada.

Tiene dos vertientes, una sustantiva, por la cual nadie puede ser castigado dos veces por la misma infracción, y otra procesal, por la que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

⁴² Daño político que, concebido como “*la lesión al interés general en la preservación del orden jurídico (...) bien podría compatibilizarse en la actualidad con las demandas sistémicas de estabilidad normativa*”, Derecho Penal, Parte General, pág. 1009.

⁴³ Idem anterior.

⁴⁴ Zaffaroni, E.R., Derecho Penal, Parte General, EDIAR, Buenos Aires, 2000, pág. 1012.

Si dijimos que reincidencia significaba recaída en el delito, y sus efectos jurídicos eran los de hacer recaer sobre el individuo consecuencias jurídicas más gravosas en razón de la condena anterior, no es muy difícil de advertir la colisión con el principio *non bis in idem*.

Donna- Iuvaro han sostenido que este "*principio prohíbe, pues, no solamente reiniciar el proceso, sino que por esos hechos, realizados por una misma persona, no se pueden imputar consecuencias posteriores, que violarían el principio*"⁴⁵.

Si el antecedente sirve para agravar (aumentar) la pena, negar una excarcelación provisional, o una libertad condicional, o, más claro todavía, para aplicar medidas de seguridad, se puede señalar, sin ninguna clase de forcejeos, que hay una doble pena, y, evidentemente, un doble enjuiciamiento, por el anterior y por el actual. "*Se viola el principio non bis in idem, porque la condena anterior se toma a los efectos de agravar la condena que se dicta o, como algunos autores afirman, darle "el estado de reincidencia" (...)*"⁴⁶

Se puede observar sin mayor dificultad, cómo se produce este doble juego, siempre en perjuicio del individuo que cayó en desgracia y fue atrapado por el sistema penal. Un individuo comete un delito, por el que es juzgado con todas las garantías y condenado y penado. El mismo sujeto comete un segundo delito, y en razón del primero que cometió - por el que ya fue juzgado y condenado- se le aplicará una pena agravada, y además se le obstaculizará, antes aún de obtener sentencia, la excarcelación provisional, y luego, la libertad condicional, etc.. Entonces observemos, cómo se dan todos los extremos que el principio *non bis in idem*, requiere, esto es identidad de persona y hechos, "*sólo que es tan grosera la forma en que se toma, que parece no violar el principio en estudio. Y esto porque se hace valer toda la condena y se la vuelve a hacer jugar en contra del imputado.*"⁴⁷

El *non bis in idem*, implica cerrar definitivamente las puertas a un episodio que ya fue objeto de un proceso penal.⁴⁸

⁴⁵ Donna- Iuvaro, Ob. cit., pág. 31.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem, pág. 32

⁴⁸ Maurach es exhaustivamente claro: "*Los actos parciales no considerados en la sentencia incluso probablemente no descubiertos al tiempo de su dictado, ubicados antes de la redacción de*

5.2 Legalidad y reincidencia. El principio de legalidad, fruto de la tradición liberal, tiene su origen en la Ilustración, que iza las banderas del "gobierno de las leyes", exigiendo, de esta manera, la superioridad del Poder Legislativo sobre los Poderes Ejecutivo y Judicial. Hoy, *"un Estado democrático de Derecho no es, como soñarían los ilustrados, un Estado que se gobierna exclusivamente por medio de Leyes, pero sí es, al menos, un Estado sometido al "imperio de la Ley".*⁴⁹

Se le puede concebir en dos versiones. Una sustancial, que guarda relación con las materias que requieren sólo ser reguladas por ley y que están establecidas en la Constitución; y otra formal, consecuencia de la primacía de la ley, que implica que no puede ser derogada por normas de menor rango.

Cuando hablamos del principio de legalidad en materia penal, no hablamos de otra cosa que del latinazgo *nulla poena nullum crimene sine lege*. Esto es, de la versión "sustancial" del principio. Nadie puede ser castigado por un hecho que no está previsto como delito por la ley, ley que debe ser escrita, previa, estricta y cierta.

El principio de legalidad, se presenta asimismo como una garantía jurisdiccional, y su significación es mucho mayor de la que habitualmente desprendemos de él, ya todos los principios penales, derivan, en definitiva de el principio de legalidad.

Al presentar el modelo garantista, Ferrajoli establece que los principios sobre los que se funda el modelo garantista clásico son la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre las partes y la presunción de inocencia.

El principio de estricta legalidad, en tanto determinación abstracta de lo que es punible, exige dos condiciones que son: a) el carácter legal del criterio de definición de la desviación y, b) el carácter empírico de las hipótesis de desviación legalmente definidas. La desviación punible es la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario

la sentencia por el último juez de la instancia, se encuentran comprendidos dentro de la condena "como formando parte de la relación de continuidad. El principio de la res iudicata y de la regla non bis in idem se oponen a una persecución autónoma ulterior de los actos parciales posteriormente descubiertos..." Derecho Penal, Parte General, tomo 2, Astrea, Bs.As., 1995, pág. 547.

⁴⁹ M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Anton, Derecho Penal, Parte General, Ed. Tirant Lo Blanch Libros, Valencia, 1995, pág. 64.

de la aplicación de la pena y el principio de estricta legalidad exige que sólo se admitan como definición legal de la desviación figuras de comportamiento empíricas y objetivas (*nulla poena sine crimine et sine culpa*) y no referencias a figuras subjetivas de status o de autor.

Esto es, el principio de estricta legalidad “*se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter “constitutivo” antes que “regulativo” de lo que es punible.(...) Esta concepción al mismo tiempo nominalista y empirista de la desviación punible, (que)*⁵⁰ *remite a las únicas acciones taxativamente denotadas por la ley excluyendo de ella a cualquier configuración ontológica o, en todo caso, extra legal”.*

Según se vio, la mayoría de las doctrinas que justifican el instituto de la reincidencia, basan sus fundamentos en particulares características que tiene el individuo que lo hacen más peligroso, o lo señalan como más insensible, perverso y generador de alarma social e intranquilidad.

El principio de legalidad exige un apartamiento de esas concepciones, desde que presupone la delimitación de campos de la personalidad donde la coacción estatal no puede entrar, ya que la realidad anímica es evanescente y difícil de precisar.

Ferrajoli, ha señalado que los modelos autoritarios revisten una *epistemología inquisitiva o antigarantista*, caracterizada por un *sustancialismo penal*, que incluye dentro del objeto de su conocimiento, no sólo el delito en cuanto formalmente previsto por la ley, sino a la desviación criminal en cuanto en sí misma inmoral o antisocial; y un *decisionismo procesal*, correlato del anterior, que implica un carácter no cognositivo sino potestativo del juicio.

Sostiene que las medidas de defensa social se irrogan no como consecuencia de hechos *legalmente denotados y judicialmente probados como delitos, sino como presupuestos variadamente subjetivos: como la mera sospecha de haber cometido delitos o, peor, la peligrosidad social del sujeto legalmente presumida conforme a condiciones personales o*

⁵⁰ L. Ferrajoli, Derecho y Razón, Ed. Trotta, Madrid, 1997, pág. 35.

*de status como los de "vago", "vagabundo", "proclive a delinquir", "reincidente" (...)*⁵¹
Esto lleva a que se produzca un vaciamiento objetivo de las garantías que se derivan del principio de estricta legalidad. Evidentemente se caería en perseguir a los individuos, como ya se dijo, no por lo que han hecho, sino por lo que son. El problema de esta orientación radica en la enervación de cualquier pretendida verdad y ya no las autorizadas por la ley.

Más adelante, y analizando la Pena, enseña que mientras las definiciones formalistas del delito, y sus correlativas clasificaciones de los ilícitos, hacen referencia a la legitimación interna, describiendo criterios de validez y entendidas como definiciones descriptivas; las definiciones sustancialistas y los consiguientes criterios tipológicos, hacen referencia a la legitimación externa, describiendo criterios de justicia y entendidas como definiciones axiológicas. Las definiciones formalistas enunciarían un criterio de identificación jurídica de los delitos, que es la mayor garantía normativa de certeza, mientras que las definiciones sustancialistas recomendarían finalidades genéricas o criterios de justificación externa por los que habría de guiarse la ley penal⁵². A lo que queremos llegar, es a que las orientaciones sustancialistas presentan, desde el punto de vista jurídico, el defecto ulterior de entrar en conflicto con el principio de estricta legalidad. El problema es la estructura de la definición, no ya teórica ni dogmática, sino legislativa. El desarrollo de las orientaciones sustancialistas ha llegado a justificar doctrinas penales como la "nazi" de tipo de autor o las doctrinas soviético-estalinistas, en la que además de la relevancia del elemento subjetivo de la personalidad también se incluyeron elementos objetivos, configurando el delito como cualquier acción socialmente dañina o peligrosa.⁵³

Se desprende fácilmente lo reprochable que resulta la consagración por ley de la reincidencia como agravante de la pena, ya que dicho instituto importa una valoración moral del individuo, que es ajena al hecho delictivo que cometió, por el que deberá ser juzgado.

⁵¹ Idem, pág. 42

⁵² Idem, pág. 372.

⁵³ Idem, págs. 375/376.

5.3 Culpabilidad y reincidencia. El principio de culpabilidad se resume en la imposibilidad de aplicar pena si no hay delito, y, a su vez, en la inexistencia del delito sin responsabilidad. Obviamente, este principio va a ser interpretado de diferentes formas, según la óptica con que se mire y las concepciones a que suscribamos.

Para Zaffaroni, para quien dolo ni culpa forman parte de la culpabilidad, el principio representa *"dos exigencias que deben analizarse por separado, en dos distintos niveles de análisis: a) en la tipicidad, implica la necesidad de que la conducta- para ser típica- deba al menos ser culposa; b) en la culpabilidad, implica que no hay delito si el injusto no es reprochable al autor"*.⁵⁴ ¿Por qué le es reprochable? Porque se parte de una concepción normativa de la culpabilidad, que implica suponer que el sujeto podía actuar en forma diferente a como actuó y le era exigible, en esas circunstancias, que lo hiciese.

Encarado de esta manera, se parte de la idea de que el hombre es capaz de autodeterminarse, conforme con una concepción antropológica. *"La culpabilidad sólo puede edificarse sobre la base antropológica de la autodeterminación como capacidad del hombre. Cuando se suprime esa base, desaparece la culpabilidad, sea que se la reemplace por la peligrosidad- como lo hacía el positivismo italiano- sea que se la reduzca a una relación psicológica, lo que no es culpabilidad sino el aspecto interno del injusto."*⁵⁵

Conforme Muñoz Conde, para imponer una pena, que concibe como la principal consecuencia jurídico- penal del delito, no basta con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Se requiere una tercera categoría, *"cuya presencia es necesaria para imponer una pena. Esta categoría es la culpabilidad.(...)Actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho"*⁵⁶ Pero cuestiona el concepto tradicional de culpabilidad, que se basa en la capacidad humana para actuar libremente, porque lo considera científicamente insostenible, por basarse en argumentos racionalmente indemostrables, y cita en su apoyo a Roxin, para quien *"el concepto tradicional eleva al plano de la fe lo que no puede ser más que un problema de conocimiento"*.^{57 58}

⁵⁴ E.R. Zaffaroni, Ob. cit., pág. 441.

⁵⁵ Idem, pág. 517/518.

⁵⁶ Muñoz Conde, Teoría General del Delito, Ed. Temis, Bogotá, 1990, págs. 127/128.

⁵⁷ Idem, pág. 129.

Entonces propone- sin renunciar al principio de culpabilidad-, buscarle otros fundamentos. Asimismo, sostiene que hay que dejar de ver en la culpabilidad un fenómeno individual aislado que solo afecta al autor de un hecho típico y antijurídico. *"Realmente no hay culpabilidad en sí, sino culpabilidad con referencia a los demás. La culpabilidad(...) es un fenómeno social. No es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella."*⁵⁹ En definitiva, se elabora un concepto de culpabilidad destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un modelo defensivo de la sociedad como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ella. Justamente, un Estado social y democrático de Derecho debe estar en condiciones de demostrar y explicar por qué hace uso de la pena y a qué personas las aplica.

En cuanto al fundamento material de la culpabilidad, lo radica en la función motivadora de la norma penal, dirigida a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. *"Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena."*⁶⁰ En consecuencia, este fundamento material se encontraría en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada. Y, para que el juicio de atribución inherente a la culpabilidad se realice, junto a ese fundamento material, deben citarse tres elementos específicos que son: la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y la exigibilidad de un comportamiento distinto.

"La culpabilidad es un concepto que se integra a los modelos culturales de acción de nuestra vida cotidiana. Constituye una forma de definir la responsabilidad (no sólo la penal) en base a esquemas culturales de justicia y de racionalidad. Apartarse de ello (...)

⁵⁸ Conforme el sorites de Gimbernat *"la dogmática penal presupone el derecho penal. El derecho penal presupone la pena. La pena presupone la culpabilidad. La culpabilidad presupone la libertad y la libertad no se puede probar."* Citado por J. Fernández Carrasquilla, en *Concepto y límites del Derecho Penal*, 2º ed., Ed. Temis, Bogotá, 1994, pág. 127.

⁵⁹ Muñoz Conde, Ob. cit., pág. 131.

⁶⁰ Idem, pág. 133

sería riesgoso, dado que toda Política Criminal se vuelve peligrosa si peca de ahistórica o permite que se la tilde de excesivamente avanzada".⁶¹

Hay una función político criminal realizada en el concepto de culpabilidad. Por su inescidible vinculación con la pena la culpabilidad opera como límite intrasistemático de contención del poder penal, el que no puede ser desatendido si participamos de una concepción minimalista.

Asignar a la culpabilidad una naturaleza social, hace que se construya a partir del dato que ofrece el rol social efectivo del sujeto responsable. El problema de la responsabilidad, es siempre una cuestión de exigibilidad que se tamiza a través del rol social del sujeto.⁶²

Bustos Ramírez, explica que el juicio de imputabilidad o inimputabilidad, dentro de un Estado de Derecho, implica tomar en cuenta dos niveles. Uno, el del reconocimiento de órdenes racionales existentes en la sociedad y la asignación del individuo a uno ellos; y otro, el del reconocimiento de un orden racional hegemónico dentro del Estado y que constituye la base orgánica del mismo. *"De ahí entonces que cualquier individuo sea valorado, no ya solo asignado, desde la perspectiva de la contradicción con los valores fundamentales de ese orden racional hegemónico del Estado. Tal enjuiciamiento, que no puede entonces transgredir el primer nivel, ya que eso sería una contradicción básica de un Estado de Derecho, no puede juzgar el grupo u orden en sí, sino solo los hechos llevados a cabo, los injustos cometidos..."⁶³*

Esto significa afiliarnos a una culpabilidad de acto, esto es, se reprocha lo que se hace, nunca lo que se es. El opuesto de culpabilidad de acto es la culpabilidad de autor, en la que el juicio de reproche se hará según su personalidad, no se castigará el homicidio, sino el ser homicida. Pero como decía Zaffaroni, *" un derecho que reconozca, pero que también respete la autonomía moral de la persona, jamás puede castigar el "ser" de una*

⁶¹ Hassemer, W.. citado por Gonzalo Fernández, en Ensayos sobre culpabilidad, Colección Jurídica y Social, N° 32, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral, 1994, pág. 40.

⁶² G. Fernández, "Pautas de revisión: La culpabilidad social", en "Ensayos...", pág. 43.

⁶³ J. Bustos Ramírez, Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal, Ed. Jurídica ConoSur. Ltda, 1994, pág. 118

persona, sino su "hacer", desde que el derecho es un orden regulador de conducta humana".⁶⁴

Quede claro entonces, que la culpabilidad social, al contemplar no sólo el injusto, sino la vida del autor, lo hace en cuanto a su rol como actor social, pues de éste dependerá el grado de vulnerabilidad al poder penal. Y será ese grado de vulnerabilidad el que operará como correctivo de la pena.⁶⁵

En definitiva, el principio de culpabilidad implica la exigencia de responsabilidad subjetiva y por lo tanto la exclusión de la responsabilidad objetiva sin culpabilidad; sirve para otorgar relevancia eximente a todo error esencial; también para dirigir la responsabilidad penal solamente a las lesiones tipificadas de bienes jurídicos, con los límites en las causas de inculpabilidad e inexigibilidad, *"descartando todas las formas de responsabilidad ética y no jurídica, ya que la "culpabilidad por el hecho" significa la realización consciente y voluntaria del injusto material tipificado. Es decir que el concepto jurídico penal de culpabilidad exige que el concepto de culpabilidad sea jurídico y no moral (para que sirva de contención a las pretensiones de un derecho penal autoritario, que quiera conformar con la pena la conciencia moral del individuo o discriminar a los ciudadanos por sus elecciones morales o ideológicas)."*⁶⁶

Si la pena recae porque hay delito, y hay delito porque hay culpabilidad, y para que haya culpabilidad se requiere imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta, partiendo de la función motivadora que posee la norma, y lo que se juzga debe ser la conducta o el hecho o el acto, entonces no aparece tan clara la aplicación de una pena mayor en razón de una condena anterior, por la única razón de "ser reincidente".

En todo caso, el reincidente, lo que hace es evidenciar la ineficacia preventiva del Derecho Penal, en desmedro de la seguridad jurídica. Y podemos convenir que el concepto de seguridad jurídica es un concepto complejo, porque tiene que ver no sólo con la tutela, sino con el sentimiento de seguridad.⁶⁷

⁶⁴ E.R.Zaffaroni, Ob. cit., pág.73.

⁶⁵ E.R. Zaffaroni, En busca de las penas perdidas, pág. 276.

⁶⁶ D. Camaño- P. Donnángelo- "Hacia un concepto más humano de la culpabilidad", en Revista de Ciencias Penales, N° 1, Montevideo, 1995, pág. 162.

⁶⁷ E.R. Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal General, Ed. Ediar, Bs.As., 1988, pág. 355.

Por otro lado, conforme con lo que ya dijimos, si el juicio de reproche se le hace al individuo que comprendió la antijuridicidad de su acto y pudo conducirse de otra manera, no es razonable que se agrave la pena de quien, con sus hechos, al reincidir, ha demostrado lo contrario. Y así aparece la idea de que no se castiga el acto del hombre sino su vida, su modo de conducirse en ella. Esto significa que abandonamos las garantías del Estado de Derecho y pasamos a concebir a la culpabilidad como de autor, olvidando que la pena debe ser por el acto.

Así Bacigalupo ha sostenido: *"No es una novedad que entre peligrosidad y culpabilidad existe una franca oposición. Si se considera esta oposición y se considera que nuestro derecho penal debe regirse por el principio de culpabilidad, y que la culpabilidad por la propia peligrosidad del autor (...) resulta una construcción inaplicable, entonces la relación fundamental habrá sido puesta en duda..."*.⁶⁸

La aplicación de la pena en un derecho penal de culpabilidad, encuentra una barrera en la proporcionalidad que debe tener la pena con relación al reproche que se le haga al individuo por el acto que cometió. De conformidad con lo que acaba de exponerse, Donna-Iuvaro han sostenido que reconocer ese límite implica reconocer el fracaso de la pena que se sufrió, significa menos culpabilidad en el sujeto, en razón de su menor capacidad de comprender la criminalidad de acto y conducirse conforme a derecho. *"No puede el Estado tomar esta menor capacidad para aumentar la pena al sujeto"*.⁶⁹

Más que eso, la norma no sólo toma en cuenta el criterio de la peligrosidad, sin establecer criterios que le permitan a la persona dejar de ser peligrosa o excluir la nota de peligrosidad, sino que generalmente, las legislaciones incorporan un plazo dentro del cual la persona se considera peligrosa, ya que si registra una condena penal y vuelve a ser juzgado por la comisión de un hecho ilícito dentro de ese plazo, su pena se verá agravada en razón de esa condena precedente. Evidentemente, y sin forzar ninguna definición, podemos decir que la peligrosidad será objetiva y una presunción jure et de jure.

El principio "no hay pena sin culpa", es uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho. *"Uno de sus principios básicos y que integra lo que se ha dado en*

⁶⁸ E. Bacigalupo, Problemas del sistema de la teoría del delito, citado por Donna Iuvaro, ob.cit., pág. 73.

⁶⁹ Donna- Iuvaro, ob. cit., Pág. 75.

llamar "las estructuras lógico-objetivas", que el legislador no puede traspasar so pena de hacer normas ilógicas. Es un límite impuesto por la naturaleza de las cosas y por ende hace que la norma sea no aplicable al caso concreto.(...) Sin él se retrocede a estadios primitivos de la humanidad...".⁷⁰

6.- Constitucionalidad de la reincidencia. Se trata de un debate de actualidad, aunque en algunos países la jurisprudencia lo ha ido saldando - no así en el nuestro, que, como se verá, nadie ha solicitado la declaración de inconstitucionalidad del instituto-⁷¹.

Fundamentalmente se ha controvertido la constitucionalidad de la reincidencia en la consideración de que se trata de una circunstancia político criminal inadecuada y por otros efectos penales que provoca su apreciación en cuanto a la restricción al acceso de determinados beneficios penales y penitenciarios.

En cuanto al primer aspecto, Mir Puig señala que debe rechazarse la agravación de la pena por reincidencia en un Derecho Penal de garantías que debe ser respetuoso del fuero interno del individuo, limitándose a castigar la lesión y puesta en peligro de bienes

⁷⁰ Idem, pág. 97.

⁷¹ Con posterioridad a la entrega de este informe, se solicitó- por vía de excepción- la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 48 y 92 inc. 4º del Código Penal, este último en la redacción dada por el art. 2 de la Ley Nº 16.349.

Por sentencia Nº 426, de 24 de diciembre de 2003, en su primer y único pronunciamiento sobre estos aspectos, la Suprema Corte de Justicia resolvió desestimar la excepción de inconstitucionalidad opuesta.

La Corte no ingresó al examen de la declaración de inconstitucionalidad de los num. 2 y 3 del art. 48 e inc. 4 del art. 92 del Código Penal, por cuanto consideró que no siendo de aplicación ineludible (integraban la requisitoria fiscal, pero aún no habían sido aplicadas por el Magistrado actuante), el interés pasaba a ser futuro o eventual y no directo como lo exige el art. 509 del C.G.P..

En cuanto a la reincidencia, consideró -en muy breve síntesis- que su aplicación no viola el principio *non bis in ídem*, ya que la mayor severidad se debe al mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior, que lesiona más gravemente que la anterior la imagen del Estado como proveedor de seguridad jurídica. Tampoco viola el principio de legalidad, dado que la agravante fue establecida previamente por ley, resultando la aplicación de la pena la consecuencia de la manifestación externa de la conducta del agente. Con relación al principio de culpabilidad, sostiene que la reincidencia incrementa la culpabilidad por su indiferencia a la sanción penal anterior, cuya naturaleza conoce. Y, finalmente, funda el rechazo a la infracción al principio de igualdad, en el tratamiento desigual a las desigualdades que la justicia exige tomar en consideración.

Huelga decir que por las razones desarrolladas en este trabajo, no compartimos la solución dada por la Corte a la excepción presentada.

jurídicos externos⁷². Por ello, una mera actitud interna del individuo no puede afectar el grado ni la forma de lesión producida.

En cuanto al segundo aspecto, Muñoz Conde y García Arán han señalado que se ha alegado la inconstitucionalidad de la agravación de la pena por reincidencia por la infracción al principio de igualdad ante la ley al aplicarse penas diferentes a hechos iguales en función de condenas anteriores que en nada afectan a la gravedad del hecho enjuiciado. Y sin perjuicio de que tal argumento ha sido rechazado, admiten que *“resulta difícil encontrar en la reincidencia razones en las que fundamentar una mayor culpabilidad por el hecho que se enjuicia y sobre el que recae la agravante. Su fundamento se encuentra más propiamente en la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia a las normas penales, bien en su mayor peligrosidad; sin embargo, ni la peligrosidad puede presumirse iuris et de iure como hace el Código en esta materia, ni es un concepto en el que pueda asentarse una mayor gravedad de la pena, que debe ir referida a la culpabilidad”*⁷³

Se ha indicado también que es violatorio del principio de proporcionalidad de las penas, en tanto la prohibición constitucional de penas inhumanas y degradantes contendría implícitamente el principio de proporcionalidad y sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho y culpabilidad del autor es humana y respetuosa con la dignidad de la persona⁷⁴.

⁷² Mir Puig, S., “La reincidencia ...”, pág. 539.

⁷³ Muñoz Conde, F. y García Arán, M., Derecho Penal, Parte General, 3ª. Edición, Tirant to Blanch, Valencia, 1998, pág. 542.

En el mismo sentido se pronuncia Facundo Luis Capparelli, quien nos dice que *“El principio de igualdad, en su faz penal, presupone la adopción de un derecho penal de acto y la violación de este último importa el quebranto del primero, ya que todos los hombres son iguales penalmente en cuanto son castigados por lo que hacen y no por lo que son y en cuanto sólo sus acciones, y no su (distinta) personalidad, pueden ser incriminadas. Esta objeción resulta difícil de evadir para quienes reconocen en los autores reincidentes un mayor grado de peligrosidad, fundamento que históricamente ha imperado en la doctrina nacional. Característica personal que, en mi opinión, se deriva de un juicio de probabilidad de conducta futura, cuyo pronóstico debe hacerse en cada caso concreto sin que pueda venir tasado por ley. El argumento que afirma que quien comete un delito es peligroso y, si comete dos delitos, resulta más peligroso cae en una presunción iure et de iure de peligrosidad que socava los pilares garantistas sobre los cuales se asienta un Estado de Derecho”*. Ver “Determinación de la Pena y Derecho Penal Mínimo: la invalidez de la Reincidencia”, en Revista Jurídica Argentina La Ley, Año 1998, pág. 918 y ss.

⁷⁴ Zugaldía Espinar, J.M., citado por Marín de Espinosa Ceballos, E.B., en “La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales”, Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 102.

Entraría en colisión también con la presunción de inocencia, ya que la peligrosidad del delincuente se presume *iuris et de iure* de forma mecánica y en ausencia de toda exploración de la responsabilidad del reo⁷⁵.

A estos aspectos, deben sumarse los ya señalados, relativos a la incompatibilidad de la agravación de la pena por reincidencia con los principios de culpabilidad por el hecho, legalidad y *non bis in idem*.

⁷⁵ Marín de Espinosa Ceballos, E.B., ob. cit., pág. 102.

CAPITULO II: METODOLOGÍA⁷⁶

En el capítulo anterior se ha establecido el problema de investigación, ahora es preciso complementar esta primera aproximación al proyecto (más bien teórica), centrando la atención en los aspectos metodológicos que lo caracterizan.

Este capítulo está dividido en dos partes.

En la primera parte, haremos referencia al tipo de diseño y dentro de él identificaremos el universo, las unidades de análisis y las fuentes de información utilizadas.

En la segunda parte, especificaremos cuáles fueron las técnicas de investigación empleadas, cómo se elaboraron las pautas de aplicación de las mismas y algunos datos referidos a la recolección de la información.

II. 1: Tipo de Diseño:

Como ya se mencionó en la introducción, se optó por la realización de un estudio descriptivo, cuyo dominio empírico corresponde a la jurisprudencia de los Tribunales de Apelaciones en lo Penal durante el trienio 1998/2000. La opción se debe a que nuestro interés se centra en el tratamiento jurisprudencial dado a los conceptos de reincidencia y habitualidad, en atención al esclarecimiento de los problemas de aplicación de las normas que las sentencias pueden brindar.

En definitiva, saber por qué, cómo y en qué circunstancias se aplican.

La validez, esto es, la cuestión de si se está midiendo lo que realmente se cree que se está midiendo, es algo que tuvimos muy presente. Es aquí donde se plantea la necesidad de la triangulación de fuentes y de técnicas.

Asimismo, a fin de acreditar la confiabilidad⁷⁷, se documentaron los procedimientos y la operacionalización de todos los pasos seguidos en la investigación, quedando éstos a disposición de cualquier otro investigador que desee realizar este estudio.

⁷⁶ Agradezco a la Licenciada en Sociología María Julia Acosta Casco su invaluable colaboración y su disposición e interés por comprender el lenguaje jurídico y el objeto de esta investigación.

II.1.1: Universo y unidades de análisis:

El universo de estudio donde se enmarca nuestra investigación son las sentencias de los Tribunales de Apelaciones en lo Penal. Las unidades de análisis con las que trabajamos son cada una de las mencionadas sentencias.

La opción por la jurisprudencia de los Tribunales de Apelaciones en lo Penal se ha hecho en el entendido de que se trata de resoluciones judiciales definitivas- en la amplia mayoría de los casos- y abarcan procesos de todo el país.

II.1.2: Fuentes de información:

Como fuentes primarias de información tomamos las opiniones de los informantes calificados.

Dentro de las fuentes secundarias de información utilizamos los documentos de los Tribunales, es decir, las sentencias.

El tipo de triangulación que esperamos incluir según nuestros objetivos, es la triangulación de fuentes: conocer la opinión que tienen sobre la aplicación de las agravantes y su fundamentación jurídica los Ministros, los Defensores y los Fiscales, y la triangulación de técnicas: relevamiento de documentos y entrevistas. De esta manera obtenemos información a través de distintas fuentes y técnicas de manera de poder cruzarla y evitar sesgos.

II:2: Técnicas:

Combinamos en el diseño metodológico dos técnicas de investigación: el relevamiento de las sentencias y la entrevista.

⁷⁷ La confiabilidad implica que las operaciones de estudio pueden ser repetidas por otro

II.2.1: Relevamiento de Sentencias:

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, optamos por este procedimiento en el entendido de que las sentencias son el producto de la aplicación de las normas vigentes.

Asimismo, en la consideración de la naturaleza, evidentemente práctica y esencialmente valorativa, que le concedemos a la ciencia del Derecho.

Desde el punto de vista empírico, las sentencias constituyen documentos socialmente producidos y es en ellas donde se plasma la aplicación o no de los institutos mencionados.

Poseen también la gran ventaja de que, a diferencia de la información obtenida directamente por el investigador mediante técnicas de observación o conversación, el material documental tiende a producirse en contextos naturales de interacción social. Esto significa, según Vallés que, debido a la ausencia del investigador, no habrá que preocuparse por las reacciones que éste puede provocar en las personas cuando se saben investigadas.

Por otro lado, el contenido informativo de estos documentos tiene cierto carácter único (diferente al tipo de información a la que se accede mediante otras técnicas de investigación), que puede tomarse como insumo para la generación de datos primarios.

Por esta razón, estos datos secundarios que en nuestra investigación constituyen las sentencias, no son los únicos datos con los que trabajamos pues somos conscientes de que se trata de información producida con propósitos diferentes a los de la investigación que nos ocupa. Son un insumo y complemento de la información obtenida a través de las entrevistas a informantes calificados.

investigador obteniendo éste los mismos resultados.

II.2.2: Entrevista:

Utilizamos la *entrevista*, en el entendido de que recoge la organización de los discursos sobre las percepciones que tienen los distintos informantes calificados sobre los institutos cuya aplicación se investiga.

Lo que nos interesa es conocer el punto de vista subjetivo de los ministros, los fiscales y los defensores. Saber cuáles son los fundamentos jurídicos y la argumentación existente sobre la problemática de estudio.

Creemos, y por eso la utilizamos, que la entrevista es una buena técnica para saber lo que saben los actores, para “ver” lo que ellos ven.

Por otra parte, creemos que la entrevista posee muchas ventajas, pues proporciona flexibilidad en la obtención de los informes de los entrevistados y, por lo tanto, permite alcanzar gran profundidad. La situación puede ser adaptada a la medida de cada actor, se puede explorar, buscar las razones de ciertas respuestas. Permite establecer un vínculo más intenso con el informante, porque se produce cara a cara.

II. 3: Recolección de la información:

II.3.1: La información se recolectó como ya se mencionó por medio del relevamiento de las sentencias, y fuimos elaborando los datos, desde una metodología cualitativa, a través de las entrevistas a informantes calificados.

En cuanto al **relevamiento de las sentencias** los pasos fueron los siguientes:

- 1) Se habló con cada Secretario Letrado de cada Tribunal, al que se le informó acerca de la investigación que se estaba llevando adelante y se le solicitó el acceso a las sentencias. En el caso del Tribunal de Apelaciones de Primer Turno se nos permitió retirar una copia de los decreteros, para su examen fuera de las oficinas del Tribunal. En los Tribunales de Apelaciones en lo Penal de Segundo y Tercer Turno el relevamiento debía realizarse en las oficinas en el horario de 13 a 18 horas.

- 2) Se seleccionaron todas aquellas donde la reincidencia se aplicaba como circunstancia agravante de la responsabilidad y, en cuanto a la habitualidad, todas las que contenían una declaración de habitualidad aunque fuera revocada en segunda instancia.
- 3) Una vez seleccionadas las sentencias, se procedía a su fotocopiado con la finalidad de la generación de la base de datos documental.
- 4) Se relevaron todas la sentencias correspondientes al trienio mencionado de los Tribunales de Apelaciones en lo Penal de Primer, Segundo y Tercer Turno, con excepción de las dictadas en el primer semestre del año 1998 por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno por no estar disponibles en el momento en que fueron solicitadas.

II.3.2: Por otro lado, se realizaron trece **entrevistas** a Ministros, Defensores y Fiscales.

Las entrevistas se llevan a cabo a partir de la obtención de un panorama global otorgado por el relevamiento de las sentencias que fue tomado como insumo para la elaboración de la pauta de entrevista.

Para constituir el grupo de informantes calificados utilizamos la técnica “bola de nieve”⁷⁸, es decir, conocer algunos informantes y lograr que ellos nos presenten a otros. Una vez realizado el contacto, concretamos lugar, día y hora de la entrevista para su realización.

La cantidad de entrevistas realizadas estuvo determinado por el efecto saturación de la información. Percibimos que hemos llegado a este punto cuando las entrevistas con las personas adicionales no produce ninguna comprensión auténticamente nueva.

A continuación se transcribe la pauta de entrevista utilizada:

Pauta de entrevista a Ministros de los Tribunales de Apelaciones en lo Penal

- ¿Se aplica la agravante de reincidencia, se realizan declaraciones de habitualidad y, en tal caso, se aplican medidas de seguridad eliminativas?
- ¿Quién las aplica?
- ¿En qué circunstancias se hace aplican?

- ¿Cómo se aplican?
- ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Fiscales a estos institutos?
- ¿Siempre las tienen en cuenta?
- ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Defensores a estas agravantes?
- ¿Cuál es para usted la importancia?
- ¿Considera el fenómeno de la reincidencia como agravante o atenuante de la responsabilidad?
- ¿La ubicaría en la teoría del delito o en la teoría de la pena?
- ¿Integra el concepto de culpabilidad?
- ¿Considera constitucional su aplicación?

Pauta de entrevista a Fiscales

- ¿Se aplica la agravante de reincidencia, se realizan declaraciones de habitualidad y, en tal caso, se aplican medidas de seguridad eliminativas?
- ¿Quién las aplica?
- ¿En qué circunstancias se hace aplicar?
- ¿Cómo se aplican?
- ¿Cuál cree que es la importancia dada por Jueces y Ministros a estos institutos?
- ¿Siempre las tienen en cuenta?
- ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Defensores a estos institutos?
- ¿Cuál es para usted la importancia?
- ¿Considera el fenómeno de la reincidencia como agravante o atenuante de la responsabilidad?
- ¿La ubicaría en la teoría del delito o en la teoría de la pena?
- ¿Integra el concepto de culpabilidad?
- ¿Considera constitucional su aplicación?

⁷⁸ Taylor y Bogdan, "Introducción a los métodos cualitativos de investigación", Paidós, Bs.As., 1986, pág. 109.

Pauta de entrevista a Defensores

- ¿Se aplica la agravante de reincidencia, se realizan declaraciones de habitualidad y, en tal caso, se aplican medidas de seguridad eliminativas?
- ¿Quién las aplica?
- ¿En qué circunstancias se hace aplicar?
- ¿Cómo se aplican?
- ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Fiscales a estos institutos?
- ¿Siempre las tienen en cuenta?
- ¿Cuál cree que es la importancia dada por los Jueces y Ministros a estos institutos?
- ¿Siempre las tienen en cuenta?
- ¿Cuál es para usted la importancia?
- ¿Considera el fenómeno de la reincidencia como agravante o atenuante de la responsabilidad?
- ¿La ubicaría en la teoría del delito o en la teoría de la pena?
- ¿Integra el concepto de culpabilidad?
- ¿Considera constitucional su aplicación?

Las entrevistas grabadas fueron procesadas por el programa Atlas ti, lo que permitió un estudio exhaustivo y sistematizado de las mismas.

CAPITULO III: ANÁLISIS

El presente capítulo se refiere al procesamiento y análisis de los datos recogidos durante el período 2001-2002.

En el momento de efectuar el procesamiento tuvimos en cuenta que nuestro interés principal era descriptivo. Por tal motivo analizamos la consideración de las agravantes de reincidencia y habitualidad en las sentencias definitivas de cada Tribunal correspondientes a los años 1998, 1999 y 2000. Creemos que de esta manera, describiendo y analizando las sentencias de los distintos Tribunales se facilita la identificación del tipo de tratamiento que se le dispensa a los institutos reincidencia y habitualidad.

III. 1 Procesamiento y análisis de las sentencias relevadas

Se relevaron 2.566 sentencias, de las que se seleccionaron 317.

En primera instancia se seleccionaron aquellas en que se computaba la reincidencia o se confirmaba o revocaba la declaración de habitualidad y, consecuentemente, la aplicación de medidas de seguridad.

En un segundo momento, se seleccionaron aquellas en las que se debatían aspectos relativos a las agravantes.

A continuación se expondrán cuadros que ilustran acerca del trabajo realizado. Conviene aclarar que los datos que aparecen en los cuadros carecen de significado estadístico, ya que fueron contruidos con el propósito de sistematizar la información recogida e individualizar el bien jurídico que tutelaban las normas violadas en cada caso.

Cuadro del Total de Sentencias Relevadas según su naturaleza

	Sentencias Interlocutorias	Sentencias Definitivas	S. D. Unificación de penas
TAP 1°	209	613	91
TAP 2°	206	581	107
TAP 3°	**	636	122
Totales	415	1830	320

* Fuente: Elaboración propia en base a las sentencias relevadas correspondientes al trienio 1998/2000

** Los Tribunales de Apelaciones en lo Penal de Tercer Turno llevan decretos separados, por lo que el decreto de sentencias no incluía a las sentencias interlocutorias.

Cuadro de aplicación de las agravantes de Reincidencia y Habitualidad e imposición de Medidas de Seguridad Eliminativas

	TAP 1°			TAP 2°			TAP 3°		
	1998	1999	2000	1998	1999	2000	1998	1999	2000
Reincidencia	7	18	18	20	40	45	51	42	61
Habitualidad	1	0	2	0	0	1	2	2	0
Medidas de Seguridad Eliminativas	0	0	2	0	0	1	2	2	0
Revocación o confirmación de rechazo de declaración de habitualidad	0	0	0	0	0	3	1	2	1

* Fuente: Elaboración propia en base a las sentencias relevadas correspondientes al trienio 1998/2000

Cuadro de aplicación de la agravante de Reincidencia en Sentencias Definitivas según el delito o los delitos imputados⁷⁹

Delito	TAP 1°			TAP 2°			TAP 3°		
	1998	1999	2000	1998	1999	2000	1998	1999	2000
Abigeato	-	-	-	-	-	-	1	-	-
Aborto	-	-	-	-	-	1	-	-	-
Abuso de funciones	-	-	-	-	-	-	-	1	-
Amenazas, Rapiña y Copamiento	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Atentado violento al pudor	-	-	-	1	-	1	1	-	-
Atentado violento al pudor, Violación, Ultraje público al pudor y Rapiña	-	1	-	-	-	-	-	-	-
Atentado y Daño	-	-	-	-	-	-	1	-	-
Autoevasión y Hurto	-	-	-	-	-	-	-	1	-
Contrabando	-	-	-	-	-	-	1	-	-
Copamiento	-	-	-	-	-	-	-	3	1
Copamiento, Rapiña y Violación de Domicilio	-	-	-	-	1	-	-	-	-
Difamación	-	-	-	-	1	-	-	-	-
Encubrimiento	-	-	-	-	-	1	-	-	2
Encubrimiento y Rapiña	-	-	-	-	-	-	-	2	-
Estafa	-	-	-	-	-	-	-	1	-
Estafa y peculado	-	-	-	-	-	-	-	1	-
Estupefacientes	-	-	1	3	1	1	3	3	2
Extorsión	-	-	-	-	-	1	-	-	-
Falsificación de documento público y privado y Estafa	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Falsificación de sustancias alimenticias en forma peligrosa para la salud	-	-	-	-	-	1	-	-	-
Homicidio	2	2	2	3	4	5	6	6	15
Homicidio y Encubrimiento	-	-	-	-	1	-	-	-	-
Homicidio y Hurto	-	-	-	-	1	-	1	-	1
Homicidio y Lesiones personales	1	-	-	-	-	-	1	-	1
Homicidio, Lesiones personales y Hurto	-	-	-	-	-	-	1	-	-
Homicidio y Rapiña	-	-	-	-	-	-	1	-	1
Hurto	-	-	1	3	2	5	11	2	3
Hurto y Atentado	-	-	-	-	1	-	-	1	-
Hurto y Estafa	-	-	-	-	-	-	-	1	-
Hurto y Lesiones Personales	-	-	-	-	-	2	-	-	-
Hurto y Rapiña	-	-	-	-	1	1	-	2	4
Lesiones Personales	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Lesiones Graves	1	1	1	-	1	-	-	-	-

⁷⁹ La discriminación por imputación no significa que se trate de reincidentes específicos. Las sentencias- con alguna excepción- aluden a la reincidencia en forma genérica, de conformidad con lo previsto en el art. 48 del Código Penal.

Proxenetismo Calificado y Lesiones Personales	-	-	-	-	1	-	-	-	-
Proxenetismo Calificado, Lesiones Personales y Hurto	-	-	-	-	-	1	-	-	-
Rapiña	3	10	10	9	12	21	18	16	22
Rapiña, Alteración de certificado y Alteración de Cédula de Identidad	-	-	1	-	-	-	-	-	-
Rapiña y Atentado	-	-	-	-	1	-	-	-	1
Rapiña y Copamiento	-	-	-	-	2	-	-	-	-
Rapiña, Hurto y Atentado	-	-	-	-	-	-	1	-	-
Rapiña y Lesiones Personales	-	-	1	-	-	-	-	-	-
Rapiña, Lesiones Personales y Receptación	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Rapiña y Lesiones Graves	-	-	-	-	-	-	1	1	1
Rapiña y Privación de Libertad	-	1	-	-	2	1	-	-	-
Rapiña y Violación	-	-	-	-	1	-	-	-	-
Rapiña, Privación de Libertad y Atentado	-	-	-	-	1	-	-	-	-
Rapiña, Privación de Libertad y Lesiones Personales	-	-	-	-	1	-	-	-	-
Rapto y Violación	-	-	-	-	1	-	-	1	-
Receptación	-	-	-	-	1	-	-	-	-
Riña con resultado muerte	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Riña y Hurto	-	-	-	-	1	-	-	-	-
Uso de certificado falso, Falsificación de documento privado y Estafa	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Usurpación de funciones y daño	-	-	-	-	-	1	-	-	-
Violación	-	1	-	1	1	1	2	-	-
Violación, Lesiones y Violencia Privada	-	-	-	-	1	-	-	-	-
Violación y Rapiña	-	2	-	-	-	-	-	-	1
Violación y violencia privada	-	-	1	-	-	-	-	-	-
Violencia doméstica	-	-	-	-	-	-	1	-	-
Violencia privada	-	-	-	-	-	1	-	-	-
Total	7	18	18	20	40	45	51	42	61

* Fuente: Elaboración propia en base a las sentencias relevadas correspondientes al trienio 1998/2000

Cuadro de aplicación de la agravante de Habitualidad en Sentencias Definitivas según el delito o los delitos imputados

Delito	TAP 1°			TAP 2°			TAP 3°		
	1998	1999	2000	1998	1999	2000	1998	1999	2000
Cúmulo (unificación de penas)	1	-	-	-	-	-	-	-	-
Hurto	-	-	2	-	-	1	-	1	-
Rapiña	-	-	-	-	-	-	1	-	-
Rapiña y homicidio	-	-	-	-	-	-	-	1	-
Rapiña y lesiones graves	-	-	-	-	-	-	1	-	-
Total	1	0	2	0	0	1	2	2	0

*Fuente: Elaboración propia en base a las sentencias relevadas correspondientes al trienio 1998/2000

III.1.1 Segunda selección de sentencias. Aproximación y análisis

A) Reincidencia

Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno

La lectura de las sentencias en que se releva la **reincidencia** como circunstancia agravante, nos impone las siguientes consideraciones:

- a) Este Tribunal, salvo casos que se señalarán, se limita a revisar el cómputo de la agravante.
- b) De las cuarenta y tres sentencias en que se releva expresamente la agravante, sólo en nueve de ellas se han detenido a considerarla.

En un caso para excluirla como agravante muy especial de un delito de homicidio, computándola como agravante genérica; en dos contestando los agravios esgrimidos por la defensa relativos al incremento excesivo de la pena por su cómputo; en una amparando los agravios de la Defensa y en las restantes para justificar su aplicación.

- c) Así, ha establecido que:

“El partícipe extraño de un homicidio, no es autor de homicidio intencional, por lo que no está comprendido en la hipótesis de reincidencia configurativa de la agravante muy especial del delito de homicidio prevista en l art. 316, N° 6 del CP, sino que su conducta se agrava por la reincidencia genérica” (Causa por –un delito de homicidio especialmente agravado. Sentencia N° 52/1998).

(Analizando el agravio de la defensa relativo a una pena excesiva por sólo computar la agravante de la reincidencia) *“En el proceso de individualización de la pena, la ley dispone que se considere la peligrosidad del encausado como elemento de medición del castigo. (...) La pauta legal de apreciarla a través de los antecedentes y las circunstancias que rodearon al delito, representa una aproximación al objetivo de determinar la pena en el caso particular”*. (...) *“En la especie, se trata del juzgamiento de un delito de rapiña que, con amenaza de arma de fuego, realizó en solitario el encausado. Se trata éste de su undécimo proceso por delitos contra la propiedad en un lapso de diecinueve años (ver*

planilla de antecedentes de fs. 35 a 45), lo que habla a las claras de una persona en quien no operó la prevención especial que se espera de la sanción penal. No se trata, entonces, de la primera recaída en el delito, sino la última de una larga serie de transgresiones a la ley penal, la anterior de las cuales por otro delito de rapiña. Con las limitaciones ya apuntadas sobre el concepto de peligrosidad, no cabe duda a la Sala que en la sentencia recurrida se ha ponderado adecuadamente este elemento, por lo que no se encuentra razón para modificar la pena impuesta en el grado precedente.” (Causa por un delito de rapiña. Sentencia N° 90 bis/1998)

“Tratándose de un reincidente, si bien por delitos de diferente etiología y que además es reiterante por lo que es esperable una sentencia de unificación, no corresponde tener en cuenta los complacientes testimonios de buena conducta que presentó la Defensa.” (Causa por un delito de homicidio y un delito de lesiones personales que concurren en reiteración real. Sentencia N° 183/1998).

“Y en cuanto a la reincidencia, el art. 48 no distingue respecto a la naturaleza de los delitos antecedentes por lo que no le corresponde hacerlo al intérprete. A la hora de considerar la concurrencia de alteratorias, bastará en este caso la verificación de que el procesado registra una condena de una antigüedad menor a cinco años, resultando irrelevante si el tipo de ese delito es igual o no al que se procesa actualmente.” (Causa por un delito de homicidio. Sentencia N° 137/1999).

“La diferencia entre un sujeto y otro, la justifica la reincidencia para J.S. y la condición de primario y menor relativo para A.S.” (Causa por dos delitos de rapiña en reiteración real. Sentencia 249/1999).

“La Sala habrá de amparar el específico agravio formulado por el apelante respecto del monto de la pena impuesta por el encausado. Se comparten los argumentos del recurrente en cuanto a la exagerada severidad del castigo personalizado en el caso, habida cuenta del rigor con que la ley sanciona el delito de rapiña (art. 344 CP).

“Si bien se está en presencia de un joven de 22 años que es reincidente específico (fs. 30/36), y que se encontraba prófugo de la causa anterior cuando cometió el ilícito de autos (fs. 37), la pena de nueve años de reclusión aparece como muy elevada si se observa que

este proceso constituye un episodio más de una vida marginal cuyo curso se identifica con el ataque a la propiedad ajena. Pudo el representante de la causa pública haber requerido la imposición de medidas de seguridad eliminativas como consecuencia de una declaración de habitualidad (art. 48, num. 2° CP), con lo cual se podría haber alcanzado el tiempo de reclusión que ahora pretende. Pero no lo hizo y, por tanto, debe retribuirse la conducta imputada con prescindencia de ese elemento, apuntando a las pautas generales del art. 86.“ (Causa por un delito de rapiña. Sentencia N° 13/2000).

“La diferencia del reproche entre ambos encausados sobre la base de la consideración de la reincidencia de L.R. es correcta.” (Causa dos delitos de rapiña especialmente agravados en reiteración real. Sentencia N° 112/2000).

“A ello debe agregarse una clara evidencia de la peligrosidad del agente, tal lo que emana del registro de antecedentes personales (fs. 39 a 44)- que lo torna un reincidente (art. 48)- como asimismo de la forma de ejecución de la rapiña y la posterior agresión armada contra un ocasional circunstante.” (Causa por un delito de rapiña en concurrencia fuera de la reiteración con un delito de lesiones personales. Sentencia N° 232/2000).

(Analizando los agravios de la Defensa relativos a que la sentenciante de primera instancia basó la peligrosidad del imputado en los antecedentes) *“La Sala por el voto unánime de la sus integrantes habrá de confirmar el fallo apelado, desestimando los agravios de la Defensa. Más allá de toda consideración filosófica en cuanto al fundamento y razón de ser de la pena, tema cuyo desarrollo excedería los límites de este pronunciamiento, es valor entendido que la norma de nuestro Código Penal que indica las pautas para la individualización de la pena a aplicar en el caso concreto, toma el índice “peligrosidad del culpable”. Y tal peligrosidad resultará de la calidad de la circunstancias concurrentes y de sus antecedentes personales (Cfm. Sentencia de la Sala N° 76/91).*

“Es así que a la hora de determinar la concreta sanción que corresponde aplicar al imputado de un delito específico, el Juez debe ajustarse al marco jurídico de la pena. Y en el caso sub- especie cabe considerar que tanto el representante del Ministerio Público al acusar, como el decisor, actuaron con ponderación al momento de individualizar la pena a imponer, valorando las pautas legales para ello.

Como sostuvo la Sala antes de ahora (Sentencia N° 47/99): “Nuestro Código establece escalas más o menos pronunciadas que orientan la discrecionalidad del juzgado respecto al monto de la pena establecida para cada delito, no pudiendo sobrepasar el máximo ni descender del mínimo (art. 80 y 86 del C.P.). Por consecuencia, determinando el tipo penal, grave culpabilidad y alcance de la responsabilidad, se formula una evaluación conforme a las circunstancias alteratorias aplicables (art. 50 C.P). Y como señala Zaffaroni: “Entre la cuantificación que formula el legislador al establecer la escala general para el delito y la que precisa el juez al cuantificar la pena en concreto, media una complementación, que significa la culminación de un mismo proceso llevado adelante con igual criterio, sólo que delegando en el Juez el grado de precisión que el legislador no puede darle, porque depende de las circunstancias concretas de cada caso, sumamente variables e imponderables (Cfm. “Manual...”, pág. 699).

A criterio del Tribunal, la solución propuesta por la Defensa no es correcta, ya que no tiene sustento legal. La moderna doctrina penal podrá tener incidencia en el margen de discrecionalidad (reglada) del juzgador, al momento de individualizar la sanción concreta a imponer, pero para nada puede incidir en el contenido y aplicación de la norma, tema que por otra parte, es propio de la política criminal cuyo objeto no lo constituye el Derecho como es sino como debería ser.

“Es cierto que la moderna dogmática jurídico penal, considera que un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un Estado de Derecho liberal, se inclinará siempre hacia el Derecho Penal de hecho y no de autor (Cfm. Roxin, Claus; Derecho Penal, P. General, T. I., pág. 177). Pero las nuevas tendencias doctrinarias citadas por la Defensa, que han sido recogidas en recientes legislaciones- así el Código Penal Alemán de 1975-, no pueden llevarnos a desaplicar el derecho positivo que rige el punto cuestionado, ni a desconocer las raíces filosóficas del Código Italiano de 1933, modelo de nuestro Código vigente, so pretexto de que se estaría aplicando una pena vinculada a la personalidad del autor. La norma del art. 86 del C.P., al establecer las pautas para la individualización de la pena a imponer, refería a la valoración que debe hacer el juzgador en relación a la mayor o menor peligrosidad del culpable, a sus antecedentes personales y a la calidad y el número- sobre todo a la calidad- de las circunstancias agravantes y atenuantes.

“Es cierto, que el Codificador no definió la peligrosidad, tampoco existe un concepto legal de ella en nuestro derecho positivo, debiendo recurrirse entonces al aporte doctrinario

para su definición. El Prof. Cairoli sostiene que: “la peligrosidad es un estado en que se encuentra una persona que ha cometido un hecho delictuoso o previsto en la ley penal aunque no sea como delito y que está influenciada por condiciones que hacen suponer que en el futuro volverá a actuar de esa forma” (Cfm. “Curso...” T. II, pág. 152). Para Antolisei “la peligrosidad criminal es la probabilidad de llegar a ser autor de un delito y, en tal sentido, es la muy relevante aptitud para cometer un delito” (Cfm. “Manual..., pág. 476). ¿Pero cuáles son los medios para desentrañar ese “estado” o “aptitud”? La doctrina sostiene que, al hablar de peligrosidad en la individualización de la pena no cabe sino referirse a lo que puede deducirse conforme al pronóstico que las ciencias del hombre “Psicología, Antropología, Sociología, etc.” aporten sobre la posibilidad de un nuevo ataque al derecho, pero siempre sobre la base de un delito anterior justificante de esa evaluación (Cfm. Doctrina Penal N° 13, pág. 393).

(...) “En el caso concreto, a condición de multireincidente de A., justifica la imposición de una pena severa pero legal, sin perjuicio de señalar que se considera como una circunstancia agravatoria (art. 48 inc. 1°). (Causa por un delito de hurto. Sentencia N° 241/2000).

Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno

La lectura de las sentencias en que se releva la **reincidencia** como circunstancia agravante, nos impone las siguientes consideraciones:

- a) Este Tribunal, salvo casos que se señalarán, se limita a revisar el cómputo de la agravante.
- b) De las ciento seis sentencias en que se releva expresamente la agravante, sólo en dos de ellas se han observado puntos controvertidos.

En un caso para explicar cómo la misma se utiliza a los efectos del juicio de peligrosidad, que operará como correctivo de la pena y en otro para excluirla su cómputo por contarse como elemento constitutivo del tipo imputado.

- c) Así, ha establecido que:

“En términos generales puede afirmarse que, en nuestro ordenamiento, la pena se individualiza con el juego interrelacionado de dos tipos de juicios: a) el de

responsabilidad, constituido por el evento y sus circunstancias, y, b) el de peligrosidad, que atiende a la personalidad del agente y sus antecedentes personales.

“En puridad, el segundo aparece, más bien, como un correctivo del primero, desde que, el fundamento de la pena está dado por la culpabilidad del reo.

(...) “Los antecedentes personales integran el denominado juicio de peligrosidad, que, como se dijo, sólo puede operar como correctivo, ya que constituye un juicio acerca de lo que puede pasar, y por consecuencia en modo alguno puede desplazar al de culpabilidad.

“En suma, se trata de un reincidente que comete un homicidio en el que concurren una atenuante y una agravante, circunstancias éstas que analizadas cualitativamente en el hecho que nos ocupa, no revelan una significación criminal diferente a la común para este tipo de delitos.

“Por consecuencia, estos supuestos, y conforme a las pautas edictadas por el art. 86 del Código Penal, la pena se situaría idealmente en siete años; la que debe incrementarse en atención a que, en la especie, no es posible soslayar la innegable peligrosidad del justiciable.

“En efecto, C.D. registra procesos por hurtos reiterados, rapiña y por homicidio muy especialmente agravado y tentativa de rapiña, todo lo que debe ser ponderado a efectos de efectuar una necesaria corrección a dicho tratamiento ideal, lo que provoca que el mismo se ubique en los ocho años y medio de penitenciaría.” (Causa por un delito de homicidio y un delito de encubrimiento en reiteración real. Sentencia N° 178/1999)

“No corresponde computar como agravante genérica a la reincidencia, pues dicha circunstancia es elemento constitutivo de la figura penal que ha de imputársele al encausado” (Causa por un delito de homicidio en grado de tentativa. Sentencia N° 28/2000).

Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Tercer Turno

La lectura de las sentencias en que se releva la **reincidencia** como circunstancia agravante, nos impone las siguientes consideraciones:

- a) Este Tribunal, salvo casos que se señalarán, se limita a revisar el cómputo de la agravante.
- b) De las ciento cincuenta y cinco en que se releva expresamente la agravante, solo en catorce de ellas se han detenido a considerarla.

En dos (2) casos para excluirla como agravante muy especial de un delito de homicidio, ya que no comparte la tesis de la “reincidencia perpetua”; en dos (2) contestando los agravios esgrimidos por el Ministerio Público relativos a la necesidad de incrementar la pena por; en una (1) contestando los agravios de la Defensa relativos a la sobre valoración de la reincidencia y en las restantes para justificar su aplicación.

- c) Así, ha establecido que:

“El reo es un infractor penal contumaz específico a quien los perladados procesamiento y sucesivas reclusiones no han surtido el menor efecto correctivo, antes bien se diría que ha persistido tanto en la línea infractora adoptada cuanto en la singular estrategia personal ante todo el proceso penal a que es sometido, donde ensaya toda suerte de declaraciones laterales y rectificaciones carentes de valor jurídico” (Causa por contrabando. Sentencia N° 61/1998)

(Contestando los agravios esgrimidos por el Ministerio Público que enfatizando la naturaleza del delito, en especial la circunstancia agravatoria concurrente, los antecedentes del sujetos, su habitualidad y peligrosidad, y la magnitud del injusto postulaba una solución revocatoria que aumentara su pena) *“El Señor Magistrado sentenciante personalizó en forma racional y de acuerdo a las pautas de las más autorizada tendencia criminológica y de los arts. 50, 53 y 86 del C.P.U. el castigo que debe sufrir el reo.*

“Este, si bien se trata de un contumaz infractor penal específico, no puede ser castigado por los antecedentes- en los cuales parece claro que ya cumplió con su cuota parte de responsabilidad ante la sociedad agredida-, por lo que se estaría instituyendo, más que una severización sancionatoria, un verdadero Derecho Penal de autor, cosa que es impensable en una organización política democrática.

“En este último sistema el monto de la sanción está inescindiblemente vinculado- como exclusiva y pretendida justificación per in se- en la modalidad de vida del agente, quien

siempre será responsabilizado y castigado por haberse transformado en un delincuente (Conf. Hans Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal: Ed. "Comares" Granada-España: 4º Ed. 1993, pág.46 y ss.)" (Causa por un delito de hurto en grado de tentativa. Sentencia N° 85/1998)

(Contestando agravios esgrimidos por el Ministerio Público, relativos al monto de la pena) "En lo referido a la pena, la individualización de la misma se efectúa mediante el juicio de culpabilidad en lo fundamental. Juicio de culpabilidad que debe basarse esencialmente en el acto. La peligrosidad opera como regulador de la pena independientemente de la culpabilidad y la peligrosidad que se desprende de la calidad del reincidente debe hacerse operar con la prudencia necesaria para no transformar el "derecho penal de acto" en "derecho penal de autor", para que no se sancione al autor de un ilícito "por lo que es", sino "por lo que hizo" como dice la Sra. Defensora citando a Eugenio Zaffaroni. "En definitiva, la pena impuesta en autos 20 (veinte) meses de prisión, puede aumentarse levemente para constituir adecuado tratamiento punitivo, pero no como lo propone el fiscal, pues ello sería excesivo." (Causa por un delito de hurto específicamente agravado. Sentencia N° 145/1998)

"Las alteratorias convocadas, a juicio de la Sala en mayoría, lo fueron correctamente y se descartó con acierto la agravante especial de art. 311 numeral 4º del C.P. desde que el homicidio anterior cometido por el enjuiciado tiene la reincidencia prescripta. "Sobre este último tema, motivo del agravio del Ministerio Público, la Sala discrepa, por lo que fue necesaria su integración. La mayoría entiende que la agravante del art. 311 nro. 4 del C.P. no deroga los principios generales sobre reincidencia establecidos en el art. 48 num.1, en consecuencia el plazo de prescripción de la misma (5 años) rige también en lo atinente al reincidente en homicidio. El Dr. Milton Cairoli en sus clases enseñaba que esta agravante (del art. 311 num. 4 del C.P.) es una fórmula original uruguaya y tiene su fundamento en la persistencia del sujeto en violar éste derecho tan esencial cual es la vida. Persistencia que amerita un castigo más grave, no obstante, no deroga los principios sobre reincidencia establecidos en el art. 48 nro.1 del C.P. (Apuntes T. IV, pág. 139 y ss.). "El Ministerio Público en su recurso, adhiere a la tesis de la "reincidencia perpetua", lo que implica aceptar que el art. 311 num. 4 sustituye, para el caso previsto, los principios generales del art. 48 nro. 2 del C.P., lo que la mayoría de al Sala no comparte,

entendiendo que no puede variar el plazo del art. 48 nro. 1, pues ninguna norma lo habilita especialmente.” (Causa por un delito de homicidio intencional. Sentencia N° 158/1998).

“En cuanto al tratamiento punitivo, la Sala concuerda, con el Ministerio Público en sus agravios, que se ha abatido la pena a un guarismo exageradamente benigno teniéndose presente la entidad objetiva del ilícito y la importancia y calidad de las circunstancias concurrentes. Téngase en cuenta que como lo observa la Sra. Fiscal Lda. Nacional se trata de un reincidente y multireiterante (planilla de fs. 27/35 en la que registra nueve anotaciones), lo que es demostrativo del escaso efecto que han tenido las penas de los procesos anteriores, y de acuerdo a las pautas de los arts. 50, 53, 80 y 86 el tribunal considera adecuado tratamiento individualizar la pena en 8 (ocho años) de penitenciaría.” (Causa por un delito de rapiña. Sentencia N° 159/1998).

“Tiene dicho esta Sede que la decisión jurisdiccional de la personalización del castigo, que no otra cosa es la pena, si bien es una facultad o discrecionalidad reglada a derecho que constituye el límite abstracto de éste, lo cierto es que el Magistrado puede movilizarse dentro de los márgenes- mínimo y máximo- que están acertadamente bien distantes.

“Ello facilita la racionalización práctica de la pena para un caso concreto, tarea extremadamente delicada habida cuenta que configura un “concepto complejo” sobre cuyos componentes no toda la doctrina está de acuerdo.

“Así pueden destacarse la “justa retribución” en orden a la entidad o gravedad del ilícito y al grado de la culpa comprometida, la prevención social o tutela del colectivo ante personalidades infractoras de escasos o nulos frenos inhibitorios, eventuales posibilidades de resocialización y prognosis sobre la conducta futura del delincuente.

“Varios de estos conceptos son utilizados por las teorías “peligrosistas” que deben ser tomadas con enormes reservas porque entrañan la configuración del delincuente por tendencia en base a predeterminadas condiciones socio- económico- culturales.

“Sin embargo la presencia perturbadora del delincuente precoz, específico y de gran celeridad en la reiteración y/o reincidencia, legitiman una mayor severización al momento de imponer la pena.

“Precisamente en el sub caso el encausado C. L. debe responder por numerosos y graves ilícitos por lo cual nada aconseja ni persuade actuar con benevolencia o benignidad.

“De tal suerte se elevará la pena impuesta ...” (Causa por seis delitos de rapiña cometidos dos de ellos en reiteración real y dos de ellos en concurso fuera de la reiteración con cinco delitos de privación de libertad. Sentencia N° 47/1999).

“La pena impuesta es único motivo de agravio de la Sra. Defensora, que estima que se ha sobre valorado la reincidencia como circunstancia agravatoria. La Sala no comparte la postura de la Defensa en el caso concreto, porque más allá del varlo de los argumentos que desarrolla en el plano teórico, estamos frente a una circunstancia de agravación legal que fue correctamente convocada, registrando el enjuiciado cinco procesos en un breve lapso; por tanto, en modo alguno se le ha otorgado una mayor mención a la reincidencia como factor que habilita a elevar la pena, habida cuenta además de la peligrosidad y culpabilidad del procesado (arts. 50, 53, 80 y 86 del Código Penal)” (Causa por un delito de rapiña. Sentencia N° 59/1999).

“El castigo impuesto- recordemos que los hechos están plena y legalmente probados y, además, fueron admitidos por la Defensa fue exactamente personalizado de acuerdo con las pautas de los arts. 50, 53 y 86 del Código Penal.- Se trata de un joven delincuente a quien los sucesivos procesamientos y reclusiones no han surtido efectos correctivos toda vez que persiste en su conducta transgresora específica.”(Causa por un delito de rapiña. Sentencia N° 72/1999)

“El tratamiento punitivo recaído en primera instancia – seis años de penitenciaría- abatió moderadamente la solicitada por el Ministerio Público y nada prestigia un nuevo descuento. Se trata de un contumaz infractor penal a quien los sucesivos encausamientos y prisiones no han despertados sus eventuales frenos, fracasando el aspecto correctivo de la sanción”.(Causa por un delito de rapiña. Sentencia N° 89/1999)

“Se trata de un adulto joven, de 25 años de edad, que inició su actividad delictiva a inicios de 1990 para retornar a fines del mismo año (fs. 37), persistir en 1992 (fs. 38) y consumir el ilícito que informa la presente causa en 1997. Su persistente actividad infractora fue consumada en breve lapso poniendo de manifiesto, además, un creciente violencia en la misma.

“Parece claro que en los sucesivos procesamientos y prisiones consecutivas no han surtido ningún efecto en quien parece haber adoptado un estilo de vida profesional delictiva.

“Naturalmente no se lo pena por su pasado sino con un mínimo de severidad por la responsabilidad personalmente comprometida en los hechos de autos.” (Causa por un delito de rapiña. Sentencia N° 94/1999).

“El ilustrado “a quo”, de consuno con la Sra. Representante de la causa pública, adhiere a una de las posiciones sustentadas en nuestra doctrina, cual lo es que el art. 311 en su numeral 4 establece la reincidencia “perpetua”, es decir que si se cometió un homicidio anterior con atenuantes aunque hayan transcurrido los 5 años del art. 48 la agravante en estudio es de aplicación. El Tribunal, con Cairoli y Bayardo, entiende que no es posible variar el plazo establecido en el art. 48 nral. 1 C.P. pues éste está establecido en una norma general y no ha sido ni tácita ni expresamente derogada en el art. 311 nral. 4 del C.P.” (Causa seguida por un delito de homicidio. Sentencia N° 2/2000).

*“Debe precisarse liminarmente que esta Sala- siguiendo a BACIGALUPO- estima que los conceptos fundamentales de derecho penal dependen básicamente de que éste quiera referirse a **hechos**, descalificados de alguna manera, o bien a los **autores** de ciertos hechos; lo cual conduce, ya a una estructuración del derecho penal sobre el “principio del hecho”, o bien sobre el “principio de autor”, lo cual acarreará sustanciales diferencias- en cada caso- en el concepto de delito y, en el de la pena.*

*“En el **derecho penal de hecho**, como su propia denominación lo dice, el hecho es lo contemplado en primer término, es decir, que es la lesión del orden jurídico o del orden social lo que primariamente adquiere relevancia; y el autor, sus características personales, sólo entran en consideración en forma secundaria. Lo anterior significa que las características personales del autor carecen por sí solas de entidad para dar por cumplidos los presupuestos para la aplicación de la pena; y por lo general, esas características personales se toman en cuenta- si es que ello ocurre- en el momento de la individualización de la pena aplicable al hecho cometido. Mientras tanto, en el **derecho penal de autor**, el hecho tiene solamente una función sintomática y los tipos penales legales requieren ser complementados por un tipo judicial de autor (Cf. BACIGALUPO, E.: “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Ed. Temis, p. 7).*

“Sin duda, como certeramente lo consigna el distinguido titular de la Defensa de Oficio, nuestro derecho penal, a partir de la correcta intelección de los arts. 3, 18 y 86 del Código Penal, es claramente un derecho penal de hecho y, la peligrosidad no pasa de ser uno de los criterios legalmente suministrados al magistrado para la individualización judicial de la pena. (...)

“Por directo imperio legal, no es posible desatender los criterios legales proporcionados por el inciso primero del art. 86 del C. Penal, y en tal sentido deben relevarse: los antecedentes judiciales que emergen de las Planillas correspondientes al Registro Nacional de Antecedentes Judiciales emitidas por el Instituto Técnico Forense (fs. 41/45), que informan acerca de la existencia de varios procesos judiciales incoados al agente por la comisión de ilícitos de similar etiología (delitos contra la propiedad); el cómputo de tres circunstancias alteratorias de responsabilidad (agravatorias), dos de ellas de calidad: en el Hurto, porque la sustracción se efectuó por sorpresa, mediante despojo de las cosas que la víctima llevaba consigo (art. 341, num. 3° C. Penal), y la reincidencia (art. 48 inc. 1° del C. Penal), más allá de la genérica de la nocturnidad para la Rapiña (art. 47 num. 12 C. Penal); así como el prudente juicio de peligrosidad que hace a las características que informan el accionar del justiciable en los hechos puntuales objeto de juzgamiento y su proyección de futuro en su trayectoria vital.

*“Particularmente, se encuentra fuera de discusión la sustancial severización del tratamiento punitivo para el delito de Hurto dispuesta por el art. 341 del C. Penal, mientras que como correctamente se señala por el Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de Séptimo Turno a fs. 73/74, en cita de ZAFFARONI, la **reincidencia** agrava los hechos “en razón de la mayor alarma social que es capaz de provocar la conducta de quien ya ha sido advertido con una sentencia condenatoria”, “Aquel que ha sido condenado y- habiendo o no cumplido la pena- vuelve a delinquir en un cierto tiempo, hace que la imagen general del derecho como medio proveedor de la seguridad jurídica quede harto maltrecha, lo que resiente la seguridad de la coexistencia en mayor medida que la conducta delictiva primaria, pese a que la afectación objetiva sea idéntica en ambos casos (Tratado de Derecho Penal, Parte General, T. V, p. 344/347).” (Causa seguida por un delito de rapiña y un delito de hurto con agravantes en reiteración real. Sentencia N° 58/2000) (estos argumentos se repiten con alguna variación en la Sentencia N° 200/2000).*

“En ningún pasaje de la expresión de agravios se cuestiona el monto de la pena impuesta a D., tomada en consideración en forma aislada, lo cual constituye un planteo ciertamente equivocado, porque si nos atenemos a la efectivamente impuesta, la misma resulta legal y acorde a las pautas que determinan su individualización; con relación a C. existen diferentes circunstancias alteratorias de la responsabilidad: en tanto C. no tiene agravantes de ningún tipo, D. presenta la convocatoria de significativa de la reincidencia, que en la especie es específica. Esta circunstancia de carácter personal, ya sea que se considere su fundamento como mayor gravedad del hecho (Zanardelli); insuficiencia relativa de la pena (Carrara); mayor alarma social producto de la nueva comisión de delitos por el ya penado (Cairolì) o incluso que se la considere un reflejo del criticable derecho penal de autor, es en nuestra legislación una circunstancia de agravación de la sanción y el juzgador no puede sustraerse a la consideración de la misma como tal. Por ello conlleva un plus en el monto punitivo a imponer.” (Causa seguida por un delito continuado de violación a las disposiciones del art. 31 del decreto ley N° 14.294, en la redacción dada por el art. 3° de la ley N° 17.016, en la hipótesis de ofrecimiento en venta. Sentencia N° 181/2000)

*“Debe precisarse liminarmente que esta Sala- siguiendo a BACIGALUPO- estima que los conceptos fundamentales de derecho penal dependen básicamente de que éste quiera referirse a **hechos**, descalificados de alguna manera, o bien a los **autores** de ciertos hechos; lo cual conduce, ya a una estructuración del derecho penal sobre el “principio del hecho”, o bien sobre el “principio de autor”, lo cual acarreará sustanciales diferencias- en cada caso- en el concepto de delito y, en el de la pena.*

*“En el **derecho penal de hecho**, como su propia denominación lo dice, el hecho es lo contemplado en primer término, es decir, que es la lesión del orden jurídico o del orden social lo que primariamente adquiere relevancia; y el autor, sus características personales, sólo entran en consideración en forma secundaria. Lo anterior significa que las características personales del autor carecen por sí solas de entidad para dar por cumplidos los presupuestos para la aplicación de la pena; y por lo general, esas características personales se toman en cuenta- si es que ello ocurre- en el momento de la individualización de la pena aplicable al hecho cometido. Mientras tanto, en el **derecho penal de autor**, el hecho tiene solamente una función sintomática y los tipos penales*

legales requieren ser complementados por un tipo judicial de autor (Cf. BACIGALUPO, E.: “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Ed. Temis, p. 7).

“Sin duda, como certeramente lo consigna el distinguido titular de la Defensa de Oficio, nuestro derecho penal, a partir de la correcta intelección de los arts. 3, 18 y 86 del Código Penal, es claramente un derecho penal de hecho y, la peligrosidad no pasa de ser uno de los criterios legalmente suministrados al magistrado para la individualización judicial de la pena.

(...)

“Por directo imperio legal, no es posible desatender los criterios legales proporcionados por el inciso primero del art. 86 del C. Penal, y en tal sentido deben relevarse: los antecedentes judiciales que emergen de las Planillas correspondientes al Registro Nacional de Antecedentes Judiciales emitidas por el Instituto Técnico Forense (fs. 21/28), que informan acerca de la existencia de varios procesos judiciales incoados al agente por la comisión de ilícitos de similar etiología (delitos contra la propiedad); el cómputo de tras circunstancias alteratorias de responsabilidad (agravatorias), dos de ellas de calidad: en el Hurto, porque la sustracción se efectuó por sorpresa, mediante despojo de las cosas que la víctima llevaba consigo (art. 341, num. 3° C. Penal), y la reincidencia (art. 48 inc. 1° del C. Penal), más allá de la genérica de la nocturnidad para la Rapiña (art. 47 num. 12 C. Penal); así como el prudente juicio de peligrosidad que hace a las características que informan el accionar del justiciable en los hechos puntuales objeto de juzgamiento y su proyección de futuro en su trayectoria vital (al amparo de la pericia psiquiátrica de fs. 50/50 v.).

“Pudiéndose agregar que, la **reincidencia** agrava los hechos en razón de la mayor alarma social que es capaz de provocar la conducta de quien ya ha sido advertido con una sentencia condenatoria, pues aquel que ha sido condenado y- habiendo o no cumplido la pena- vuelve a delinquir en un cierto tiempo, hace que la imagen general del derecho como medio proveedor de la seguridad jurídica quede hartamente maltrecha, lo que resiente la seguridad de la coexistencia en mayor medida que la conducta delictiva primaria, pese a que la afectación objetiva sea idéntica en ambos casos (Cf. ZAFFARONI, E.: “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, t. V, p. 344/347).” (Causa seguida por un delito de uso de certificado falso y un delito de falsificación de documento privado en concurrencia fuera de la reiteración con un delito de estafa. Sentencia N° 200/2000)

B) Declaración de habitualidad y aplicación de medidas de seguridad

Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno

La lectura de las sentencias relevadas que hacen mención a declaraciones de **habitualidad**, con la consecuente aplicación de **medidas de seguridad**, nos impone las siguientes consideraciones:

- a) Este Tribunal ha compartido las declaraciones de habitualidad realizadas en primera instancia, por lo que no revocó ninguna de las que llegaron a su conocimiento. Es partidario de la declaración referida, así como de la imposición de las medidas de seguridad, lo que se desprende de sus manifestaciones la revisar sentencias definitivas de unificación de penas, en las que señala que debió procederse a la declaración de habitualidad, lo que él no puede hacer en virtud de la *non reformatio in pejus*.
- b) El fundamento esgrimido por este Tribunal es el imperio de la ley, corresponda tanto la aplicación de el inc. 2° como el 3° del art. 48 o el art. 55 en su caso, siempre haciendo referencia a la cantidad de causas del individuo.
- c) Así ha establecido que:

“El encausado es un sujeto que cuenta con 30 años de edad y ha estado sometido a ocho proceso penales, lo que determina la calificación de delincuente habitual (art. 48, num 2° y 3° del Código Penal)” (Cúmulo de ocho causas. Sentencia N° 43/1998)

“Con respecto a la declaración de habitualidad que la Defensa de Oficio critica, corresponde confirmar el tratamiento en este aspecto.

“Se trata de un sujeto de 50 años a la fecha, que comenzó su periplo delictivo en el año 1969 y lo extendió a 13 departamentos del país, iniciado en Durazno, con este proceso, totalizando 24 causas en total.

“Señala el Codificador patrio que la disposición tiene por objeto defender a la sociedad contra el delincuente profesional, el más peligroso de todos (Nota al art. 48 C. Penal, anotado por las Dras. Reta y Grezzi- p. 182).

“De este modo, lo que define al delincuente habitual, es su tendencia, su inclinación, su potencial delictivo, en suma, su peligrosidad. Y las medidas de seguridad eliminativas (siempre cuestionadas por los teóricos y reclamadas por la opinión pública) no tienden en primer término a la resocialización del individuo delincuente, sino que son un instituto de clara defensa social.- Pero en vigencia actualmente.- En los tres últimos años, anteriores a su detención para este proceso, registró cuatro antecedentes, en Rivera (fs. 44), Mercedes (fs. 45), en Treinta y Tres (fs. 46) y en Paysandú (fs. 47). Todos ellos por hurto, o hurtos reiterados. De modo que sin tomar en consideración, lo ocurrido antes de 1993 (año de la reimplantación de las medidas de seguridad eliminativas), nos encontramos dentro de la previsión legal.

“Zaffaroni define la peligrosidad como el juicio por el cual se valoran las condiciones personales del autor de un delito, evidenciadas por las circunstancias de tiempo, lugar, modo, y ocasión del hecho, y consideradas en el estado que presentan al tiempo de imponer la pena, a efectos de hacer un pronóstico de su conducta futura, para determinar el grado de probabilidad de comisión de futuros delitos que guarden cierta relación vinculatoria con el ya cometido (cfm. Tratado pág. 704).

“Y como dice Bayardo así como la culpabilidad es el presupuesto subjetivo para la responsabilidad y por ende el de la pena- su medida- la peligrosidad del sujeto es el presupuesto para la aplicación por el Juez penal, de una medida de seguridad. Dicho de otra manera la pena es la culpabilidad cristalizada; la medida de seguridad es la peligrosidad cristalizada (Bayardo, T. III. Pág. 289).

“La mayoría de los elementos señalados por la Defensa de Oficio, en la contestación e la acusación y en los agravios, son de esencia de una más adecuada política criminal, que no se encuentra en manos del Juez, sino del legislador”. (Causa por dos delitos de hurto en reiteración real. Sentencia N° 267/2000).

“(…) la condición del encausado, considerada en esta causa, pero a partir de sus antecedentes, en la que finca la crítica de la recurrente, no es la amparada en la decisión atacada.

“En efecto, el reo registra nueve antecedentes, por delitos de similar naturaleza, desde junio de 1990 a setiembre de 1999 (el presente), todos con sentencia de condena. Casi toda su vida de mayor, la empeñó en actividad delictiva y no está probado que tenga hábitos de

trabajo, tal como surge de su planilla de antecedentes (un delito por año aproximadamente) y sin ingresos fijos.

“Como lo registra el representante fiscal, este sujeto demuestra una tendencia definida al delito, cuyas ejecuciones lo ha llevado a una extensa carrera a partir de sus 20 años de edad. De modo que, sin esfuerzo, este sujeto ingresa en la previsión del num. 3° del art. 48 del C. Penal, por lo que corresponde se le declare delincuente habitual y se le impongan medidas de seguridad eliminativas.

“Este razonamiento es válido, aún teniendo en cuenta solamente el período posterior a la reimplantación del instituto de las medidas de seguridad.

“Si bien la Sala se apresura a decir que se trata de una imposición de clara defensa social y la realidad carcelaria no es la indicada para su cumplimiento, la ley existe, está vigente y el trasfondo que se advierte es resorte de política criminal, materia reservada a nuestro cuerpo legislativo.” (Causa por un delito de hurto. Sentencia N° 300/2000).

Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno

La lectura de las sentencias relevadas que hacen mención a declaraciones de **habitualidad**, con la consecuente aplicación de **medidas de seguridad**, nos impone las siguientes consideraciones:

- a) Sin perjuicio de señalar que no se pudo abordar toda la jurisprudencia del trienio en este Tribunal (faltó el primer semestre del año 1998), de la examinada se desprende que el mismo es reactivo a tales declaraciones, resolviendo la revocación de la declaración de habitualidad realizada en la mayoría de los casos que encontramos.
- b) Los fundamentos esgrimidos en las correspondientes sentencias son de tres órdenes: el primero refiere a la forma de contabilizar los antecedentes (cuenta los procesos posteriores a la reimplantación de las medidas de seguridad); en segundo lugar, por razones de política criminal; por último, la prueba, resolviendo la revocación en algún caso por la falta de pericias psicológicas o psiquiátricas que avalaran la solicitud realizada por el Ministerio Público (Causa por homicidio. Sentencia N° 365/2000).
- c) Especialmente, en el segundo sentido anotado ha expresado:

“Luego, si la habitualidad es “la cristalización de la reincidencia”- al decir del Codificador- no podemos hablar de habitualidad cuando una de las dos condenas precedentes, no ha quedado ejecutoriada, ante lo cual, el fenómeno de la habitualidad no se perfecciona.

(...)

“Entiende este Tribunal que no se está ante “un delincuente profesional” sino ante un hombre, a quien la sociedad, no le ha otorgado facilidades para permitir su resocialización.

“A pesar de lo que preceptúa el constituyente patrio en su art. 26, las cárceles en Latinoamérica no resocializan, salvo contadas excepciones que confirman la regla. No existe política carcelaria conducente, cuando no se asegura al penado, la posibilidad de trabajar.

“El ocio es mal consejero y la estadía carcelaria, en penas cortas de prisión, tampoco contribuyen a la reforma social del condenado.

“El sistema penal confina al preso; y cuando éste recupera la libertad, al carecer de posibilidades ciertas para reencausar la vida, por la senda del bien, al no conseguir trabajo, tarde o temprano, vuelve a delinquir.

“Todos estos factores, que emergen de la realidad social, deben ser ponderados por el Juez, al momento de evaluar la posible declaración de habitualidad (art. 48 in fine del C.P.).” (Causa por un delito de hurto especialmente agravado. Sentencia N°137/2000).

- d) Sin embargo, no deja de ser relevante, la afirmación contenida en una sentencia en una sentencia que revoca la consideración de la habitualidad como agravante (sin que hubiera declaración ni aplicación de medidas de seguridad) en el sentido de que *“ la habitualidad no es una agravante sino una condición del agente, que debe ser pedida por el Ministerio Público, ya que obliga la juez a adoptar medidas de seguridad”* (Causa por un delito de hurto. N° 351/2000).

Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Tercer Turno

La lectura de las sentencias relevadas que hacen mención a declaraciones de **habitualidad**, con la consecuente aplicación de **medidas de seguridad**, nos impone las siguientes consideraciones:

- a) Este Tribunal ha compartido las declaraciones de habitualidad- especialmente la habitualidad por reiteración- cuando de obrados surgen los extremos habilitantes, requiriendo elementos probatorios de los extremos aludidos por el num. 3 del art. 48 y autorizando la aplicación de las medidas de seguridad cuando los delitos que se contabilizan se han cometido con posterioridad a la vigencia de la Ley N° 16.349.
- b) En tal sentido ha sostenido que:

“En cuanto a la imposición de medidas de seguridad eliminativas, de las cuales el Ministerio Público se aviene a que sean desestimadas, teniéndose presente que los delitos que configurarían la “habitualidad” (art. 48, N° 2 y 3 del C.P.) y que autorizarían la imposición de las medidas de seguridad eliminativas, son anteriores a la reimplantación de las mismas (Ley N° 16.349) no pueden aplicarse so pena de aplicarse dicha ley en forma retroactiva lo que no se ajusta a derecho.” (Causa por un delito de hurto. Sentencia N° 74/1998)

“Por último y en lo referido al agravio del Ministerio Público en cuanto no se declaró a S.R.M.G. delincuente habitual como lo establece el art. 55 y 48 nro. 2 del C.P. imponiéndole medidas de seguridad eliminativas, corresponde estimar los mismos. La ley N° 15.737 en su art. 19 suprimió el instituto de las “medidas de seguridad eliminativas” y si bien permaneció vigente el art. 55 la declaración de habitualidad por reiteración dejó de tener consecuencias prácticas, por lo que se dejó de realizar dicha declaración.

“La ley N° 16.349 del 27 de abril de 1993 restableció dichas medidas en consecuencia dicha norma legal recobró virtualidad jurídica. Claro, que por el principio de irretroactividad penal, la cantidad de ilícitos requeridos (“...que excedieren de tres...”), más de tres, deben cometerse dentro del término de 10 (diez) años (“...y se cometieren en

el término de diez años...”) a contar dentro de la vigencia de la ley que reimplantó las medidas.

“Es el caso así, que como lo dice el Ministerio Público, Mercant cometió los delitos que en estos autos se le imputan durante el año 1996, por lo que reúne la calidad para ser declarado “delincuente habitual”. El art. 55 del C.P. habla de “delitos” no de “causas” por lo que es pertinente esta declaración en las circunstancias de autos y se le impondrán medidas de seguridad eliminativas de uno a dos años.” (Causa por cinco delitos de rapiña en reiteración real. Sentencia N° 182/1998).

“La peligrosidad de S. es importante, por las circunstancias de su comportamiento delictivo, número de delitos cometidos en el término inferior a un año que revelan una tendencia definida a violar la ley penal y la alarma social que provoca “por lo que puede ocurrir en el futuro”, dado además sus antecedentes personales.

En razón de lo precedentemente señalado y compartiendo el criterio sustentado por el Ministerio Público apelante, se incrementará la pena impuesta en primera instancia, situándola en once años de penitenciaría y se le declarará delincuente habitual por reiteración, imponiéndole medidas de seguridad eliminativas con un mínimo de un año y un máximo de tres años (arts. 50, 53, 54, 55, 80, 86 del Código Penal y Ley N° 16.349)” (Causa por cinco delitos de rapiña en reiteración real, uno en grado de tentativa y en concurrencia fuera de la reiteración con un delito de lesiones graves. Sentencia N° 240/1998)

“Como vemos ambos conceptos- retribución y prevención- no constituyen entidades abstractas, indescifrables e inconciliables, prueba de lo cual constituye la “teoría unificadora” que procura sancionar de acuerdo al quantum de culpabilidad comprometido y protege o tutela al colectivo, actuando como normalizador social por la vía de la costumbre y de la imitación del modelo adoptado.

“Así fue que surgió la “doble vía del Derecho penal” que contempla aquellos casos en los cuales la naturaleza y extensión de la pena correctamente personalizada no es suficiente para que opere con su efecto inhibitorio sobre el sujeto infractor.

“Esta primera senda o vía se complementa con las “medidas” que constituyen otro “mal” que, por acumulación sucesiva con la pena primitiva, pretende robustecer la vigencia y

permanencia del Derecho, que el autor citado denomina “sistema vicarial” (pág. 74 p. cit.).

“El encausado F.P.M. el 08/12/985 cometió su primer ilícito sufriendo trece nuevos procesamientos por delitos de idéntica etiología- reiteración y reincidencia específicas, sin contar los dos hurtos del presente proceso.

“Es más, de su biografía penal surgen dos notas muy significativas como lo son la precocidad- su primer contacto con el D. Penal ocurrió a los 19 años- y la velocidad de la reiteración infractora, circunstancias ambas que permitieron, de acuerdo a las normas reguladoras, declararlo delincuente habitual.

“De acuerdo a los principios que vienen de verse y a las características del reo, la pena y las medidas impuestas no están fijadas en base a una prognosis infundada o “peligrosismo”, sino de integral acuerdo con normas y doctrina, y en conexión directa y simultánea con los hechos, el autor, su pasado y su futuro y la sociedad que integra.”
(Causa por dos delitos de hurto en reiteración real. Sentencia N° 51/1999)

“En cuanto a la declaración de habitualidad y la consecuente imposición de medidas eliminativas, a juicio del Tribunal, están ajustadas a derecho. La ley 16.359 del 4 de abril de 1993 reimplantó las medidas de seguridad eliminativas, por lo que recobró vigencia el caso previsto por el art. 48 num. 2 del C.P.. En el caso de autos, alcanza con examinar los términos que emplea la propia defensa para percatarse el acierto del “a quo” en declarar “habitual” al encausado: “...es un rapiñero...”, “...roba para sobrevivir...”, “...lo hace en solitario, sin ningún respaldo ni planificación, y el beneficio económico que obtiene siempre es exiguo lo que le obliga a delinquir de nuevo...”, “...es cierto que no tiene hábito de trabajo...” y, a esa caracterización, agréguese la planilla de antecedentes de fs. 49/53 y la causa en estudio.” (Causa por ocho delitos de rapiña reiterados, uno de ellos en grado de tentativa y un delito de homicidio en grado de tentativa. Sentencia N° 218/1999)

“Ingresando a la consideración de los agravios expresos expuestos por el Señor Fiscal, se concluirá, por los fundamentos a explicitar, que los mismos no pueden progresar”.

(...)

“Si bien ha constatado, que el imputado se encuentra en las condiciones que, objetivamente, describe el No. 2 del señalado artículo y, ello a juicio del recurrente es suficiente para la declaración preceptiva, en la medida en que, de tales antecedentes “no

caben dudas que el mismo acusa una tendencia definida al delito, por lo que se está ante la hipótesis de habitualidad preceptiva” (fs. 52 y vta.), a juicio del Tribunal, en forma coincidente con el decisor de primer grado, es necesario que se compruebe en el expediente, en forma que no deje lugar a duda alguna, que el individuo “acusa una tendencia definida al delito” en virtud precisamente de algunas de las circunstancias- de su vida personal- que a continuación enumera el multicitado numeral; razonar de otra manera, sería tener por letra muerta este inciso y no habría forma de diferenciarlo del anterior, puesto que allí se establecen las condiciones objetivas de la particular forma de reincidencia; es notorio que quien comete los delitos que se especifican en la legislación señalada, posee una peligrosidad mayor a la habitual y, en términos naturalísticos podría hablarse de una tendencia, pero no fue esa la tendencia definida que pidió el legislador, quien, además de que el sujeto se encontrare en las circunstancias objetivas del N° 2, exigió que para tener por probada la tendencia “definida”, el mismo sostuviera algunas de las circunstancias que enumeró, aunque no taxativamente, puesto que concluye señalando que también pueden ser tomados en consideración “todos los antecedentes de análogo carácter”.

“Establecida la conceptualización que merece al Tribunal tal aspecto, es dable apreciar que del expediente no surge una prueba contundente que tenga la virtualidad de acreditar los extremos que acaban de señalarse, por ello no son de recibo los agravios del Ministerio Público. (Causa por un delito de hurto especialmente agravado en grado de tentativa. Sentencia N° 173/2000)

III. 2 Procesamiento y análisis de las entrevistas:

Las entrevistas grabadas fueron procesadas en el programa para datos cualitativos, Atlas ti. Una vez pasadas a formato de texto (desgrabadas) intentamos identificar las categorías emergentes de los discursos de los entrevistados, para luego relacionarlas entre ellas y llegar a algunas conclusiones.

También se realizaron entrevistas que no pudiendo ser grabadas, quedaron registradas en notas tomadas en la oportunidad.

Como mencionamos más adelante, los informantes calificados son jueces, fiscales y defensores con visiones diversas y propias sobre la aplicación de los agravantes.

Las respuestas son breves, advirtiéndose- con algunas excepciones- un importante grado de homogeneidad en las mismas, a pesar de los diferentes roles de cada entrevistado en el proceso.

Aparece muy claro a través de ellas, como los magistrados- tanto los del Poder Judicial como los del Ministerio Público y Fiscal- se consideran no sólo aplicadores de normas sino “aplicadores de órdenes”.

Las mayores diferencias se encuentran entre las opiniones de los defensores por un lado y de los representantes del Ministerio Público y Fiscal y Ministros de Tribunales por otro.

Sobre las verdidas por estos últimos es que centraremos la atención, dado su rol en el proceso.

A los efectos ilustrar acerca de la experiencia en el cargo, los entrevistados tenían entre cinco y veinticinco años de ejercicio, por lo que consultamos a un espectro amplio en tal sentido.

Veamos, pues, que es lo común y lo diferente en sus visiones⁸⁰:

- En cuanto a la **aplicación de la reincidencia como agravante** todos los Magistrados del Ministerio Público como los Ministros de los Tribunales de Apelaciones fueron contestes con su aplicación y procedencia, fundando su cómputo en el imperio legal. Así, señalan que la ponderan siempre porque la disposición es obligatoria, por lo que al hacer la acusación y “*calcular*” la pena deben relevar sus antecedentes:

“cuando se va a hacer la acusación nosotros buscamos saber con exactitud el estado de las causas anteriores o para ver si es reiterante, que en realidad no es ninguna agravación de nada, simplemente no tienen sentencia ejecutoriada aún y ver la reincidencia porque ahí agrava la pena, no?, como dispone el artículo 48 inciso 1” (EF6).

⁸⁰ Con la sigla EF identificamos a los Magistrados del Ministerio Público y con la sigla EM a los Ministros de los Tribunales de Apelaciones en lo Penal.

“ Por imperio legal, sin perjuicio de que muchas veces si es un delito excarcelable, para darle la excarcelación también, un poco como que se valora que es un reincidente” (EM7).

“Bueno, yo le quiero decir que en este tema la jurisprudencia nacional tanto en primera instancia como en segunda instancia ha hecho simplemente una cosa: respetar el espíritu del legislador, que ve a la reincidencia como una agravante genérica y yo sé que existen esas posiciones que dicen que entonces es juzgar dos veces la misma cosa, pero no encuentro razones para atarnos de una previsión legal que está en el plano de las leyes, se puede discutir, pero no creo que haya ningún motivo para dejar de aplicar una norma legal que es el artículo 48, que expresamente regula la reincidencia”. (EM7)

“El fundamento jurídico, en ese aspecto, le reitero la idea tradicional, de la cual no me aparto, se entiende que el legislador ha querido juzgar con mayor severidad aquel que frente a una sentencia de condena que ha quedado firme, ha tenido una segunda actitud de desobediencia o de desprecio a lo que el precepto penal le imponía.” (EM8)

- En cuanto a la **importancia** que se le otorga al fenómeno de la reincidencia, las respuestas fueron diversas- aunque todas tienen en común, la certeza de su aplicación cada vez que se verifica. En general, se opone a la reincidencia la calidad de primario absoluto. Para algunos, la calidad de reincidente lo que hace es impedir aplicar los mínimos legales; para otros, autoriza a aplicar los guarismos más elevados. Son enfoques diferentes de una misma cuestión, que alcanzan inclusive a la forma de valorar la prueba que integra el expediente, dada la “preparación” del reincidente.

“Más que tomar en cuenta la reincidencia yo lo miraría de otro lado, se tomaba en cuenta la primariedad absoluta mucho y la verdad que la sensación de que estabas con un delincuente ocasional la percibías con el primario absoluto, en cambio ya con el reincidente la primariedad no te iba a correr, y tenías la contra cara, pero más que la reincidencia, neutralizabas el hecho del atenuante de la primariedad, yo lo veía más así, no?, más que agravando la pena, neutralizando la inexistencia de una primariedad”. (EF1)

“El reincidente es diferente al primario absoluto, porque la reincidencia hace a su personalidad, a su predisposición al delito y bueno, y este...considero que no es peligroso, digo, eso sin prejuicio de ver los casos individuales, no?, que no se puede hacer tabla rasa. En penal lo peor que podés hacer es generalizar porque la misma conducta puede tener miles de motivaciones y miles de justificativos o ninguno”. (EF3)

“Los Fiscales la computan y yo le diría que en el momento de la delimitación punitiva no aparece como algo fundamental, se refleja en un guarismo sancionatorio que incrementa, le voy a dar un ejemplo, si tenemos a un individuo que corresponde condenarle por un hurto especialmente agravado, donde la pena es un mínimo de 12 meses de prisión, si incide la reincidencia yo le digo que allí llevaron la pena a 14 meses, 15 meses, no más” (EM8).

- La **peligrosidad** de los reincidentes también es un aspecto en el que hay acuerdo entre los magistrados del Ministerio Público y el Poder Judicial. Las razones esgrimidas son varias, pero principalmente por la reiterada violación de los preceptos penales y porque el reincidente ya conoce el sistema judicial y hasta sabe como defenderse.

La impronta peligrosista se revela en muchos sentidos y la reincidencia aparece como una presunción absoluta de peligrosidad. En algún caso se manifestó que a pesar de que existía la convicción de que la reincidencia era contraria al principio non bis in idem, igual computaba dicha circunstancia como agravante porque era el criterio del Fiscal titular, quien consideraba que los reincidentes eran más peligrosos, por lo que correspondía aplicarla.

Sin embargo, otra ex Fiscal en lo Penal manifestó que tenía un enfoque diferente y que más que valorar la reincidencia, valoraba la primariedad absoluta, por lo que la reincidencia jugaba más que nada para descartar que se estaba enfrentando a un delincuente ocasional.

“no usamos esa matemática, pero normalmente el reincidente es más peligroso en el concepto de la peligrosidad que tiene el código, no?” (EF4)

“porque en primer lugar la persona ya está habituada al sistema delictivo y está más profesionalizada en el delito, para mí ya es más peligroso porque sabe, incluso, cómo defenderse del mismo. Y el primario al no tener y servirle como lección pasar por todo un proceso judicial aunque no sea con prisión seguramente que va a reflexionar mucho mejor que el que ya lo pasó y se arriesga nuevamente y va a seguir.” (EF5)

“El problema, eso es un tema legal, no?, si vos vieras, por ejemplo, hay personas que tienen, que no son reincidentes pero que permanentemente están reiterando su conducta y nunca llegan a ser reincidentes porque cometen delitos antes de estar ejecutoriada la sentencia y entonces yo creo que esa distinción no, digamos que no tiene mucho...el problema es que si vos agarrás, por ejemplo, un cúmulo de 6, 7, 8, 10 causas, como a veces hay, a ver si tengo alguno por acá que tenga aunque sea dos, acá tenemos un cúmulo con dos. Este no es reincidente porque justamente se está haciendo la ejecución, tiene tres causas: hurto, encubrimiento de hurto y hurto, no? Entonces, esta persona que es? Es reincidente o no es reincidente? No. Al estar acumulando qué quiere decir? Quiere decir que el individuo delinquiró antes de estar ejecutoriadas las demás sentencias, de repente cometió el delito, por ejemplo acá la causa más antigua, 13 de enero del 84 y mientras este expediente estaba caminando comete el otro delito el 28 de diciembre del 85 cuando aun no estaba ejecutoriada la sentencia. Entonces vuelve a enganchar el cúmulo. Después comete el otro delito en el 89 cuando esto no estaba ejecutoriado, entonces en definitiva, yo creo que no es que sea más o menos peligroso, yo creo que ahí hay un mandato legal que hay que cumplir” (EF6)

“Nosotros consideramos que es más peligroso⁸¹. Es medio complicado el tema, digamos, es más que nada es la aplicación al autor, no?, es decir, no por el hecho. Por eso mismo me inclinaba de que se considera más peligroso, de pronto lo hace de un modo de vida, lo que hemos visto muchísimos que viven del delito y que la pena no es suficiente.(...) Sí, sí. Yo no sé tal como está estructurado, como Irureta la planteó está vinculado más que nada al concepto ese tan subjetivo de la peligrosidad, no?, es decir, no es que sea la filosofía sobre la cual se hizo este código, Irureta lo hizo en el año 35, fue un modelo del Código de Rocco porque era el guardacelo del gobierno fascista, es lo que dice Ganón, que uno siempre lo lee y con eso como que descalifica lo que no le gusta. El problema es que

Rocco mismo lo que hizo fue hacer una especie de cómo de aquí a allá, pero no olvidarse que fue un poco un código unitario para Italia, no el primero, pero fue un código unitario para Italia, Italia era un país relativamente nuevo en materia de legislación en ese momento. Italia unas décadas antes eran reinados aparte, cada cual con su código, bueno, hicieron la unificación al final del siglo XIX y ahí empezaron los códigos únicos y el de Rocco fue un poco el compendio de todos esos movimientos de esa doctrina que fueron desarrollando en las diversas doctrinas italianas o sea que no fue propiamente un código fascista como se le suele decir, lo que pasa que se le tilda de fascista porque el primer capítulo, que son los delitos contra la patria, los delitos contra la nacionalidad, todo eso sí, son verdaderamente delitos que ponen al Estado por encima de todo, contrariamente a lo que hacían otros códigos donde el primer capítulo eran los delitos contra la personalidad, homicidios y todo ese tipo de cosas, y estos pusieron por encima de todo al Estado. Desde ese punto de vista sí responde a una filosofía fascista, en cuanto a las demás cosas, la parte general y eso, la estructura no creo que sea tanto y entonces si lo miramos desde ese punto de vista responde a una filosofía positivista, la reincidencia está vinculada más que nada claramente a la peligrosidad como claramente te lo dicen las notas. A ver cómo es que dice, dice algo así Irureta, los reincidentes son la peor clase de delincuentes, una cosa así...” (EM7)

“la peligrosidad se manifiesta por la reiterada violación de los preceptos penales en más de una oportunidad, que es lo que los fiscales y jueces tienen en cuenta al momento de delimitar la pena, no es lo mismo juzgar a un individuo que infringió por segunda vez el precepto penal, a un individuo que surge de la planilla de antecedentes que tiene múltiples antecedentes que generalmente, además, son delitos contra la propiedad”.(EF8)

- La ubicación de la consideración de la reincidencia, especialmente cuando se preguntaba si ingresaba en la **culpabilidad** o sólo se consideraba al individualizar la pena, recibió diferentes respuestas.

⁸¹ La pregunta en ese caso fue: ¿El reincidente, es más culpable o más peligroso?.

“No. Sinceramente no, me gustaría que Ud., me dijera por qué vulneraría el principio de culpabilidad. Justamente creo que nuestra jurisprudencia está en un sendero firme en cuanto a juzgar actos, a juzgar conductas y no juzgar en función de las características de la personalidad, un derecho penal de autor no es lo que prospera en nuestro sistema y Ud. puede recorrer las sentencias y va a ver que nadie le habla en ese sentido a pesar de que en un código como el nuestro donde se le dio principal importancia a la conducta y al juzgamiento subjetivo de la conducta de parte del juez se le deslizaron elementos positivistas a Irureta Goyena porque el art. 86 o el 89 del código penal dice que la pena se delimitará en función además de la peligrosidad demostrada por el sujeto, no obstante los jueces tienden a juzgar conductas, actos, tienen en cuenta muchas veces al momento de limitar la pena, por ejemplo en los homicidios y en los atentados sexuales los informes de personalidad que aportan los técnicos, ya sean psicólogos como psiquiatras, pero yo le diría que no es el gran factor determinante del monto de la pena el aspecto peligrosidad o el juzgamiento de las características de la personalidad el sujeto”. (EM8)

“Y, mirá, es un tema que hoy día se discute, no? Yo creo que debería considerarse con relación a la pena, más que la culpabilidad (...) Ahora, me consta que la pena en nuestro sistema es la pauta fundamental de la retribución de culpabilidad, o sea, que la culpabilidad está metida por todos lados. No está totalmente dissociado de la culpabilidad. (...) la reincidencia ha sido criticada por distintas corrientes penales, no? Que dicen que cómo se va a castigar no solo por el acto sino por el pasado, ahora Zaffaroni por ejemplo, la justifica diciendo que hay un mayor reproche porque desobedeció la sanción penal, que es una llamada de alerta y él desobedece esa sanción anterior y vuelve a delinquir, entonces es más culpable, es más responsable.” (EF4)

“Lo que pasa es que la reincidencia, sí, responde mucho más a la filosofía del derecho penal de autor que al derecho penal de acto, evidentemente, al reincidente se le está condenando, incrementando la pena porque es de él, y quién es él?. Una persona que ha cometido otros delitos antes, entonces desde ese punto de vista sí, es un mecanismo, un instituto que responde a la filosofía del derecho penal de autor, ahora, nosotros, los que tenemos que interpretar el Derecho, hacerlo con una norma que responda jurídicamente al acto, al hecho del delito, sí, es un tema que no entra en el tema de la culpabilidad, no es un elemento de la culpabilidad, no podemos hacerlo ingresar dentro de la culpabilidad,

de eso no cabe la menor duda, pero judicialmente no se ha planteado honestamente, quizás en gente que ha estudiado y se ha pronunciado de manera muy rotunda sobre el tema, no aquí sino en el exterior”.(EM7)

- Acerca de la violación del **non bis in idem** los discursos no fueron homogéneos. Se puede identificar, entre los entrevistados, dos tipos de discursos. Por un lado, están los que consideran que podría ser violatorio del principio, pero que la norma impone su aplicación y los que consideran que no, porque sólo es un elemento- de los tantos- que influye en la determinación de la pena.
- Sobre la **constitucionalidad** de la aplicación de la agravante, también hay un acuerdo general, aunque la mayoría de los fiscales y magistrados judiciales entrevistados manifestó que no se cuestionaba ese tema, lo que dejaban a la doctrina.
Los entrevistados se pronuncian parcamente, ven el tema con complejidad y, en todo caso, centran la problemática en relación al principio de culpabilidad, ensayando argumentos en contra de la culpabilidad de autor.

“Y bueno, si lo ves como un derecho penal de autor no es constitucional, porque además el delito tiene que ser sancionado en función de las conductas y vos ahí te encontrás con que no es una conducta lo que estás sancionando sino antecedentes, entonces no estás yendo contra la conducta del autor, y ahora contra un estado de Derecho, con una democracia, va el hecho de estar sancionando...que además no estás gestando un bien jurídico, el hecho de que no es algo que vaya contra el interés general. Ahí no estás aceptando ni el orden público ni el interés general por estar agravando, por tener un antecedente, el antecedente ya fue sancionado, a mí me parece que va en cierta forma contra el principio del “non bis in idem”, porque vos estás tomando dos veces la misma conducta anterior, cuando efectivamente fue sancionada y ahora cuando la tomás en cuenta.” (EF1)

“Bueno, yo soy práctico, la Corte hasta ahora no ha declarado la inconstitucionalidad, así que hasta ahora no me planteo el tema...” (EF4)

“Es medio complicado el tema, digamos, es más que nada es la aplicación al autor, no?, es decir, no por el hecho. Por eso mismo me inclinaba de que se considera más peligroso, de pronto lo hace de un modo de vida, lo que hemos visto muchísimos que viven del delito y que la pena no es suficiente”. (EM7)

- Los entrevistados también fueron interrogados acerca de la **relación sistema penal-reincidencia** y todos manifestaron que el sistema penal fallaba, siendo una de las causas de la reincidencia. Acusadores y juzgadores no tienen dudas de la necesidad su trabajo y de la normativa. Se sitúan como aplicadores de la ley, pero sí tienen dudas e identifican problemas en la eficiencia del sistema penitenciario.

“ahora, desde el punto de vista también social, es el fracaso del sistema, no?. Porque, es cierto, cuando vos te encontrás con reincidentes es el sistema que fracasa no el sujeto, es que qué profilaxis, qué re- socialización, no, no, confiemos nada en el artículo 27 de la Constitución” .(EF1)

“Bueno, de eso no cabe duda que falla, ahí, por ese lado sí, pero no sé como atenuante, que pienso que colabora a que se vuelva a delinquir, por las fallas del propio sistema, no?” (EF3)

“es una demostración del fracaso del sistema penitenciario, no?, de que la pena no sirve, porque si reincide es porque la persona no se rehabilita, no se re-socializa, no? (...) nuestro sistema de penas de previsión realmente es, es mundial el tema también, ha fracasado, no? pero la sociedad reclama represión para el agente y pesa muchísimo en los legisladores, la tendencia legislativa es aumentar las penas, pero no a crear regímenes de re- orientación de las personas, no?...ponele el tipo que mató a la mujer y a los hijos, si va a ser penado por treinta años es muy poco, tendría que ser de por vida porque si el hombre es joven, tiene 20 años, sale a los 50, y a los 50 años puede seguir haciendo macanas, no? Las penas esas no son, las máximas, no son demasiado reales...tendrían que aumentar los máximos y no ese mamarracho de medidas de seguridad.” (EF4)

“el tema es que nuestro sistema penal hace agua por todos lados, entonces vos qué podés hacer, por ejemplo, qué diferencia existe hoy si este es reincidente o no es reincidente al efecto de su causa, qué asidero tiene? Tenés que ponerle medidas de seguridad eliminativas por un plazo, después las cumple y vuelve a...o sea, hay cosas que el sistema no re- educa, no hace nada, entonces estos temas son como, un tanto como que no sirven para mucho, te lo digo clarito. (...) todo depende de la recuperación de la cárcel en la cual prácticamente es nulo eso, no? O sea, eso es un tema estrictamente de criminología en la cual si se pudiera trabajar en serio bárbaro, pero hoy eso no existe, o sea, todos los fundamentos, eso es un tema que lo hablamos mucho con varios profesores, incluso con expertos en criminología, si no hay medios, no hay recursos, no hay nada, acá no recuperamos nada, es muy lindo para hablarlo, hay muchos fundamentos para decir cosas muy buenas, gente con muchas ganas de hacer cosas, pero si vos no tenés medios, vos qué podés hacer con una cárcel que fue construida para 900 personas y hay 2200, qué podés hacer con un Penal de Libertad donde adentro está todo destruido? Qué recuperación podés hacer? Ahora, si vos me decís, bueno, agarramos la granja que es un lugar que está al lado del Penal de Libertad, donde hay poquita gente que está laburando, puede ser que ahí recuperes algo, sino no, o sea, en teoría, si hablamos todo en el nivel teórico puede haber recuperación, pero a nivel práctico no existe, acá no existe. (...) nosotros vemos muy escaso nivel de recuperación y los que a veces se recuperan se recuperan por causas un poco ajenas a lo que pueda ser la asistencia carcelaria, como esas organizaciones que están trabajando adentro, por ahí sale alguno bueno, pero es muy poco, es muy poco porque qué hace un individuo que de repente, primero que no lo pueden clasificar acorde a esas etapas porque ahí van un poco al borbollón, no hay un estudio serio de la persona ahí adentro, no pueden decir, bueno, los primarios con los primarios, los reincidentes con los reincidentes, los reiterantes, no puede haber nada de eso, entendés?, no hay. De hecho la celda que tenga un poquito más de lugar ahí lo meten y de repente sacan alguno que consideran un tanto pesado, peligroso para una celda y meten a otro que es un poco mejor, entonces es imposible que con la población carcelaria que hay ahora que puedan hacer algo.” (EF6)

“La pena debería tender a la resocialización del encausado, ahora, si Ud., me dice: eso ocurre en la realidad?, lamentablemente le tengo que decir que en la mayor parte de los

casos no ocurre, pero no por fallas de la pena misma y de la idea filosófica vinculada a la pena, sino porque la realidad carcelaria desvirtúa el designio constitucional” . (EM8)

- En cuanto a la **aplicación de la habitualidad como agravante, la solicitud de su declaración para la aplicación de medidas de seguridad eliminativas** no hay acuerdo en lo que refiere a su aplicación.

Los defensores se oponen tajantemente, en la consideración de que se trata de una concepción peligrosista abiertamente opuesta a un derecho penal de hecho. Sin perjuicio de que ninguno ha solicitado la declaración de su inconstitucionalidad, algunos la sostienen.

Los acusadores y jueces están divididos en varios sentidos, pero señalan que son muy pocos los casos que conocen.

Entre los magistrados del Ministerio Público, hay quienes derechamente no las solicitan, los que las solicitan sólo en sede de unificación de penas y quienes las solicitan en cualquier oportunidad, siempre que se den los extremos que requieren los incisos 2 y 3 del artículo 48.

Con relación al fundamento, quienes solicitan la declaración y las medidas manifiestan que siempre fundan su pedido en las disposiciones vigentes, admitiendo asimismo que el fundamento último radica en la peligrosidad del individuo. En cuanto a los sujetos sobre los que recaen estos pedidos son generalmente aquellos que cuentan con más de seis antecedentes o causas, en los casos de cúmulos para la unificación de penas.

Por su parte, la Judicatura también está dividida.

Entre los que están de acuerdo con su aplicación, para algunos la repetición es prueba suficiente a los efectos de la declaración de habitualidad; mientras que para otros, el problema mayor radica en que generalmente el expediente no se instruye en cuanto a los extremos que solicita el inciso 3 (tendencia definida al delito por el género de vida que lleva, inclinación a la ociosidad, inferioridad moral del medio en que actúa, relaciones que cultiva, etc.), por lo que no es posible realizar la declaración de habitualidad por falta de prueba.

“hay una tendencia a no aplicarlas, sobre todo después de su reimplantación, quizá en el período anterior de vigencia era más común, ahora casi ni se da” (EM)

“el problema es saber cuándo corresponden, en primer lugar. Porque yo lo pido teniendo en cuenta el número de delitos anteriores, el período en el que los cometieron...hay otros elementos que generalmente no se tienen en el expediente, como por ejemplo, la reacción ejecutiva, la sociedad, todo eso generalmente no consta en el proceso, ahora cuando vos observás que tiene 6, 7, 8, delitos contra la propiedad en un período de tiempo, generalmente se pide la habitualidad” . (EF2)

“La doctrina, digamos, contraria a las medidas de seguridad ha calado muy hondo, no? Pero, como yo soy aplicador de la ley, yo cuando viene un sujeto con muchas reincidencias, yo le digo a mi equipo, vamos a pedirla, pero muchas veces no me la dan, no?” (EF4)

“No, lo fundamento, fundamento en la normativa del código de acuerdo a las causas que tenga para acumular, no?, cuando se dan todos los parámetros de la norma, lo fundamento en el cúmulo y lo pido, lo he pedido”. (EF4)

“Yo muchas veces pido habitualidad y los jueces me dicen que yo tengo que comprobar, me dicen que no está comprobado la relación ejecutoria, la moral del medio...yo creo que es preferible no establecer las medidas de seguridad sino establecer un máximo mayor de penas, porque en definitiva las medidas de seguridad son una pena, es muy criticado ese binomio de penas- medidas de seguridad porque en el fondo son todos penas (...) Los jueces son muy reacios a la aplicación de medidas de seguridad, yo pienso que la doctrina que está en contra tiene una gran influencia, no obstante el cimiento los jueces se han declarado en contra de las medidas de seguridad, no quieren saber nada” (EF4)

“La habitualidad es otra cosa porque le puedo decir, yo estuve en Primera instancia 8 años, creo que ahora hace más de 8 que estoy en segunda instancia en el materia penal y los casos de habitualidad son contados, no llegan a 5 dedos de la mano, son escasísimos, y eso tiene una explicación, Ud. sabe que en su momento, no sé si fue la ley de amnistía y

pacificación nacional que eliminó las Medidas de Seguridad Eliminativas, entonces para declarar a un individuo delincuente habitual tenía que existir el interés de luego imponerle medidas de seguridad eliminativas, a nadie se le puede imponer medidas de seguridad eliminativas si no se le declara delincuente habitual, por reiteración o por reincidencia, como las medidas de seguridad eliminativas habían perdido vigencia, menos todavía, se podía ver la habitualidad, pero además, el propio enfoque que le da el art. 48 al tema de la habitualidad, que es cuando, Ud. vio, distingue entre habitualidad facultativa y preceptiva, y a lo que el codificador califica como habitualidad preceptiva, yo creo que es facultativa porque es cuando le dice al juez que tiene que ponderar un montón de situaciones: la conducta del sujeto, su modus vivendi, el hecho de hacer del delito su modo habitual de obtener recursos, todo eso implica un aspecto subjetivo de la cuestión donde el juez tiene que aplicar un criterio inminentemente subjetivo, eso en los hechos determina que son escasísimos los casos de declaración de habitualidad, porque yo he visto en más de una oportunidad situaciones que objetivamente por el número de delitos correspondería declararlo delincuente habitual, pero como falta ese aspecto subjetivo que es propio del acto de juzgamiento no se termina declarándolo delincuente habitual". (EM8)

(en respuesta a las razones de la no aplicación) "a veces porque los fiscales pasan por encima de esa situación, derechamente la desconocen, no digo que la ignoren pero desconocen la norma, otras veces porque, como Ud. decía no existe una real profundización de parte del juez, pero debo aclararle una cosa, en este aspecto, tanto en la declaración de habitualidad como en la imposición de medidas de seguridad eliminativas, quien debe tomar la iniciativa es el fiscal, entonces el juez no puede, en ningún caso declararlo delincuente habitual o ponerle medidas, si previamente el fiscal, titular de la acción, no toma la iniciativa".(EM8)

- Resultó particularmente significativa, la posición- casi unánime por parte de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público y Fiscal- relativa a su calidad de aplicadores de la ley. Aplicadores casi piedelettristas, ya que no se encuentran interpretaciones que excedan el tenor literal de las disposiciones aplicables.

Sin embargo, al contrastar esas declaraciones con la producción documental se advierte que ello se da así, estrictamente, con la aplicación de la reincidencia como

agravante, pero no con la habitualidad, quizá por esa desconfianza que manifiestan acerca de las virtudes del sistema.

“Ese es un poco la...nosotros somos reacios a introducir modificaciones a la ley basados exclusivamente en postulados doctrinarios, tenemos bastante claro de que sí, de que muchas cosas serían mejores, pero nosotros somos intérpretes y no creadores, no somos legisladores” (EM7).

“Claro, con ese concepto nosotros tratamos de, nos resistimos más allá de que puedan ser muy compartibles, los razonamientos que se hacen desde el punto de vista doctrinario, en cuanto a su objetivo y demás, pero no somos legisladores, el día que nos cambien la ley, aplicaremos, sí, que ojalá sea mejor la ley, pero mientras tengamos esta tenemos que aplicarla, no nos queda otra, y esa es un poco la idea con la que nosotros nos manejamos.” (EM7)

- Con relación al **bien jurídico** vulnerado, se señala que es muy común la reincidencia y habitualidad en los delitos contra la propiedad. También es común la reincidencia en los delitos sexuales, pero ninguno recuerda ningún caso de declaración de habitualidad.
- Es particularmente llamativo como los entrevistados introdujeron espontáneamente el tópico de la **demanda de la sociedad**, la que, aún cuando no funciona como fundamento de la agravación, aparece presente al menos para no obviar su aplicación.

“Nuestro sistema de penas de prisión realmente es...es mundial el tema también, ha fracasado, no? pero la sociedad reclama represión para la gente y pesa muchísimo en los legisladores, la tendencia legislativa es a aumentar las penas, pero no a crear regímenes de re- orientación de las personas, no?...” (EF4).

- Finalmente en cuanto a las percepciones que tienen unos de otros, son coherentes con los roles de cada uno y su tradicional relacionamiento.

Así, los fiscales opinan que los jueces conceden muy poca importancia a la habitualidad, más bien se inclinan por su rechazo, generalmente por falta de prueba, pero sí a la reincidencia. En cuanto a los defensores manifiestan que siempre se oponen, claramente porque tal condición va en contra de su defensa.

Los ministros entrevistados manifiestan en cambio, que el problema es que los fiscales no piden la declaración de habitualidad, aún en casos que para ellos son “*cantados*”, razón que inhibe al juez de aplicarlas. En cuanto a la importancia concedida por los defensores, indican que es la que corresponde a su rol, ya que siempre van a tratar de buscar el trato más benigno para sus defendidos.

Por último, los defensores señalan que el fenómeno de la reincidencia en ocasiones es sobredimensionado tanto por los fiscales al acusar como por los jueces al fallar, tendencia que es peligrosa porque denota una tendencia a la consideración de una culpabilidad de autor.

CAPITULO IV: CONCLUSIONES

Al cabo de esta investigación queda confirmada la impresión de que es un tema que, a pesar de que una vez planteado despierta interés, no es objeto de debate ni de una reflexión sistemática por parte de los aplicadores, tal como si se tratara de un tema “saldado”.

A lo que bien puede agregarse que ni siquiera se encuentra mucha bibliografía al respecto: consultadas las bases bibliográficas de nuestra Facultad, sólo arrojaron la existencia de nueve registros⁸².

Aún cuando parezca superfluo, nos parece pertinente aclarar que, en cuanto a las sentencias examinadas, su número (2.566) sólo pretende ilustrar la cantidad de las dictadas en segunda instancia en el trienio consultado. No significa de ninguna manera que en todas ellas la situación del encausado ameritara la agravación de su responsabilidad por reincidencia y sólo en 302 casos se hiciera, lo mismo en cuanto a la declaración de habitualidad.

El objeto de esta investigación fue indagar si se aplicaban y, entonces, cual fue el discurso, la argumentación, el fundamento de su aplicación.

Las respuestas a las preguntas de investigación.

1.- ¿ Se aplica la agravante de la reincidencia?

Sí, efectivamente se aplica la agravante de la responsabilidad por reincidencia, prescripta en el numeral 1° del artículo 48 del Código Penal.

2.- ¿Cómo fundamentan su aplicación nuestros tribunales?

En cuanto al fundamento de su aplicación, ha quedado claro que el argumento es el imperio legal. Existió acuerdo entre Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio

⁸² A julio de 2004, los registros ascienden a 15.

Público y Fiscal en cuanto a que la ley dictada por el parlamento es la voluntad de la sociedad y que ellos son solo aplicadores de la ley.

Se advierte una importante resistencia a las modificaciones de *lege ferenda*, así como a interpretaciones que excedan el tenor literal.

Asimismo, se desprende del tenor de las sentencias- y subyace en sus afirmaciones- un apego a las concepciones peligrosistas, de conformidad con lo dispuesto por el codificador. Y, en efecto, el artículo 86 del Código Penal indica que la pena se determinará dentro del mínimo y máximo señalado para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales, la calidad y el número- sobre todo la calidad- de las circunstancias agravantes o atenuantes que concurran con el hecho. Esto explica la clara y casi constante alusión a la peligrosidad en la parte expositiva de las sentencias al tratar la individualización de la pena, lo que sería conteste con la prescripción legal de su consideración.

Los problemas que se presentan no guardan tanto relación con el fundamento jurídico de la agravación de la responsabilidad, sino con la correcta aplicación de tal circunstancia agravante, esto es, si corresponde su cómputo o no en función de la ejecutoriedad de la sentencia anterior, la prescripción o el exceso del período de latencia, o si está comprendida como agravante especial del delito que se juzga (vg.: homicidio, artículo 312, numeral 6 del Código Penal).

No obstante, debe señalarse una importante recurrencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno en sus sentencias al fundamento de la insuficiencia relativa de la pena.

3.- *¿Se realizan declaraciones de habitualidad?*

La respuesta a esta pregunta impone la advertencia de que no podemos saber cuántos encausados estarían en condiciones- de acuerdo a los requisitos legales- de ser declarados delincuentes habituales y sobre esa cantidad cuántos fueron declarados tales.

Lo que la presente investigación revela es que las declaraciones de habitualidad en el trienio examinado fueron muy escasas. Exactamente se confirmaron cuatro (4), se declararon tres (3) y se revocaron cinco (5).

Se aplicaron tanto fundándose en las prescripciones de los incisos 2 y 3 del art. 48 como en las del art. 55 del Código Penal, según los casos.

Con una única excepción, las causas refieren a delitos contra la propiedad.

4.- ¿Cómo fundamentan dicha declaración?

En cuanto al fundamento utilizado es, por un lado, el imperio de la ley y, por otro, la peligrosidad. Se desprende claramente del tenor de las sentencias (en una de ellas se aclara expresamente que la habitualidad no es una agravante sino una condición del agente), amén de que es el fundamento internacionalmente reconocido de este instituto que tiene como consecuencia vinculante la aplicación de las medidas de seguridad.

En cuanto a su aplicación y prueba, difiere según los turnos.

En el caso del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno, los tres fallos relativos a la habitualidad- así como aquellos en los que manifiestan que debió declararse y no fue solicitado- revelan una especial consideración sobre el número de antecedentes, tanto para la declaración facultativa como preceptiva, que parecerían utilizar indistintamente.

El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno, que aparecería como el más reacio a tales declaraciones, tanto por el número de revocaciones como por los argumentos expuestos, en el único caso en que confirmó lo hizo en atención a la prueba recabada.

Sin embargo, las revocaciones no se fundan sólo en ese extremo sino que también hacen caudal de las falencias del sistema.

Si bien la escasez de sentencias al respecto no nos permite arribar a una conclusión acabada, el hecho de que exija pericias psicológicas y psiquiátricas como medio de prueba, así como la definición de la habitualidad no como agravante sino como “modo de ser del

agente”, refrenda el apego al fundamento de la peligrosidad, que, sin embargo, se neutraliza enfrentado a las deficiencias que presenta el sistema penitenciario, en detrimento de las prescripciones del artículo 26 de la Constitución Nacional y especialmente de las bondades resocializadoras de la prisión.

El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Tercer Turno al fundar sus fallos (en sentencias que revocaron las de primera instancia, procediendo a declarar delincuente habitual al encausado), lo hizo en atención al número de antecedentes y a la alarma social que provoca “*lo que pudo ocurrir en el futuro*”; y al confirmar la declaración realizada, puso especial énfasis en que se había realizado una prognosis fundada, en conexión directa y simultánea con los hechos, el autor, su pasado y su futuro y la sociedad que integra.

5. ¿Imponen nuestros jueces medidas de seguridad?

Tal como se manifestó al responder la pregunta tres su aplicación se verificó en muy pocos casos.

Cuatro de los siete casos en que se aplicaron, fueron decididos en primera instancia y en cinco oportunidades se dejaron sin efecto.

6. ¿Cómo fundamentan tal aplicación?

La respuesta a esta pregunta también debe remitirse a lo expuesto en el numeral 4°, en tanto las medidas de seguridad son de imposición preceptiva una vez que se realiza la declaración de habitualidad. En consecuencia, ésta sólo tiene sentido con miras a la aplicación de estas medidas.

Tal como ya se expresó, más que explicar cómo se fundamenta su aplicación, encontramos los argumentos que se ensayan para su inaplicación y esto guarda especial relación con la certeza de la ineficacia de las medidas de seguridad más que con la declaración de habitualidad.

Surge del texto de las sentencias y también de las entrevistas realizadas que hay cierto escepticismo en cuanto a la eficacia de las mismas, así como reparos hacia el sistema, lo que explica que sólo se recurra en casos excepcionales a su declaración.

Pero, significativamente, en estos casos se acude ya no sólo al argumento del imperio legal, sino a la necesidad de satisfacer las demandas de la sociedad (defensa social, inseguridad ciudadana, temas candentes en estos días y desde hace ya unos años y motivo de su reimplantación). Lo que queremos significar con esto, es que, es en estos casos donde se cambia- aunque parcialmente- el discurso, que deja de tener como referencia únicamente a la norma.

Breve apreciación crítica de las conclusiones arribadas.

Anuncio del nuevo desafío.

Aún cuando no integra el objeto de esta investigación, nos permitiremos realizar algunas consideraciones desde una perspectiva crítica. Decía en una conferencia Zaffaroni que “...*Un derecho penal se define por el concepto que tenga de pena. No hay teoría de la pena que no sea a su vez una teoría del derecho penal.(...) No se puede manipular un elemento dentro de la teoría del delito sin tener en cuenta este contexto de completitud lógica, y sobre todo sin tener en cuenta que todo esto tiene siempre raíz filosófica.(...) Una teoría de la pena (o sea una teoría del derecho penal) por otra parte, responde siempre a determinadas características o necesidades del control social de una sociedad en determinado momento de la historia*”.⁸³

En tal sentido, de alguna manera, al esbozar el marco teórico intentamos describir las fricciones de los institutos estudiados con la dogmática actual. Sin embargo, el resultado de la investigación nos reflejó que no se ha presentado el debate ante nuestros tribunales y que, en todo caso, éstos tienen asumido firmemente el rol de aplicadores del

⁸³ E.R. Zaffaroni, “Evolución de la teoría del delito”, en Revista de Derecho Penal N° 6, Nov. de 1984- Montevideo- Uruguay. “*La teoría del derecho penal abarca la fundamentación de su horizonte de proyección, el concepto de infracción punible y el concepto de pena básica*”.

derecho tal como éste ha sido dado y en consonancia con la ideología que lo ha inspirado que- en la especie- data de principios del siglo pasado.

Advertimos sí, que está presente, la convicción de que el sistema falla, que la cárcel no resocializa, que no se cumple el precepto constitucional que debería presidir el sistema penitenciario. Podemos dejar como interrogante si el problema de la reincidencia no sería, en definitiva, un problema político y, en ese sentido, serán siempre decisivas las directivas político estatales, jurídicas y criminales. Dejamos planteada también, la necesidad de *aggiornar* el concepto de peligrosidad- que, quizás, no puede ser el mismo ochenta años después ni obedecer necesariamente a las mismas causas- con la finalidad de cotejar, otra vez, la eficacia de las normas que se aplican.

Cree esta investigadora que la fundamentación de la naturaleza agravatoria de la reincidencia, que pudiera aparecer en principio como comprensible, se vuelve difícil de aceptar en la medida en renuncia a admitir la esencial verdad del fenómeno de la reincidencia.

Tratamos de exponer cómo, de la forma en que está regulada representaría una clarísima violación del principio *ne bis in idem*, entraría en una sutil, pero comprobable colisión con el principio de legalidad y se opondría frontalmente al principio de culpabilidad, lo que determinaría el cuestionamiento de su constitucionalidad.

"En la reincidencia se produce no sólo una ruptura del Derecho Penal de culpabilidad, sino también en la realidad un total fracaso de los efectos preventivos de la pena impuesta..."⁸⁴. Ante este fracaso se presenta como poco razonable, que las legislaciones reaccionen "reincidiendo" en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención precisamente a través de la misma sanción que ya demostró ser ineficaz.

De esta forma, nos proponemos seguir estudiando las bondades de la supresión de este instituto o la procedencia de nuevas o diferentes alternativas político criminales, más aconsejables y acordes a una posición garantista y minimalista de derecho penal.⁸⁵ La

⁸⁴ Cobo del Rosal, Vives Anton, ob. cit., pág. 815.

⁸⁵ Cobo del Rosal y Viven Antón, han sostenido que "*La reincidencia nos debe situar en el seno de otro Derecho Penal*", que sea diferente al de la mera y única expresión a través de la pena. "*De suerte que parece aconsejable la supresión de la reincidencia (...) como circunstancia agravante de la pena, y la previsión de*

apelación a un derecho penal mínimo, exige que al momento de la pena, el sistema penal opere como límite, como protección ante la amenaza de que otro mal mayor, como decía Ferrajoli, recaiga sobre el individuo.

En definitiva, creemos necesaria la realización y reivindicación de estudios desde esta óptica. El objeto elegido y su método, aún cuando no nos permita acceder a cifras definitivas ni a alcanzar revelaciones de tipo estadístico, sí nos permitió sondear desde un costado práctico el estado de la discusión sobre la reincidencia y la habitualidad, la aplicación de éstas en tanto proposiciones jurídicas, la reacción jurídica frente a las mismas, que fue la que motivó nuestra preocupación científica, para allí volver a posicionarnos y empezar a plantearnos nuevas interrogantes.

un adecuado tratamiento preventivo, ajustado no a las actuales nociones formalistas, sino a realidades criminológicas".

Por otra parte, Fernández Carrasquilla ha manifestado: *"Solo dentro de una pena retributiva, vale decir, una pena justa, o sea una pena proporcionada a la culpabilidad y a la gravedad del delito, a su nocividad, sólo dentro de ese ámbito se realizan (...) la prevención, tanto la prevención general, con su carácter de intimidación y disuasión, como la prevención especial, con el carácter de corrección en la medida de lo posible(...) El derecho penal, en virtud de las limitaciones políticas que exige la preservación de la libertad, no puede ir tan lejos en sus exigencias sin identificarse peligrosamente con la moral y sin confundir otra vez el delito con el pecado. Recurrir a la prevención sin el fundamento de la retribución (...) sería regresar a los fundamentos que posibilitaron la caza de brujas en la Edad Media(...) Así, se suprimieron también ciertas modalidades de agravación de la pena por el carácter como la reincidencia..."*, ob. cit. pág. 124.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bayardo Bengoa, F., "Derecho Penal Uruguayo", Tomo II, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1963.
- Bustos Ramírez, J., "Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal", Ed. Jurídica Cono Sur Ltda., 1994.
- Bustos Ramírez, J., "Introducción al Derecho Penal", 2a. Edición, Ed. Temis S.A., Bogotá, 1994.
- Cairoli, M., "Curso de Derecho Penal Uruguayo", Tomos I y II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990.
- Cairoli, M., "Curso de Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales", Tomo II, 3ª. Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003.
- Camaño Rosa, A., "Estudios Penales y Procesales", Vol. III, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1973.
- Camaño Rosa, A., "Derecho Penal", Montevideo, 1957.
- Camaño Viera, D. y Donnángelo, P., "Hacia un concepto más humano de la culpabilidad", en Revista de Ciencias Penales, N° 1, Montevideo, 1995.
- Capparelli, F. L., "Determinación de la pena y derecho penal mínimo: invalidez de la reincidencia", en Revista Jurídica Argentina La Ley, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1998.
- Carballa, Juan B. y Reta, Adela, "Principios jurídicos relativos al castigo y rehabilitación del delincuente habitual especialmente en el delito de hurto, VII Conferencia Panamericana de Abogados, Montevideo, 1952.
- Carballa, J., "Temas de Derecho Penal, 1er. Curso. Medidas de seguridad", División Publicaciones y Ediciones de la Universidad de la República, Montevideo, 1977.
- Cernelutti, F., Las miserias del proceso penal, traducido por Santiago Santís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1959.
- Carrara, F., "Programa de Derecho Criminal", Parte General, Vol. II, Ed. Temis, Bogotá, 1972.

- Casabó Ruiz, J. R., “El fundamento de las medidas de seguridad”, Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, dirigida por el Prof. Dr. Manuel Cobo del Rosal, Universidad de Valencia, 1974.
- Cobo del Rosal M. y Vives Antón T.S., "Derecho Penal, Parte General", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- de Rivacoba y Rivacoba, Manuel, “Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial”, en Revista de Ciencias Penales, N° 2, Montevideo, 1996.
- Delgado, J. M. y otro, "Métodos y técnicas cualitativas de investigación en Ciencias Sociales", Madrid, Síntesis S.A., 1995.
- Donna, E. A. y Iuvaro, M.J., "Reincidencia y culpabilidad", Ed. Astrea. Bs. As., 1984.
- Fernández, Gonzalo, “Ensayos sobre culpabilidad”, Colección Jurídica y Social, N° 32, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral, 1994.
- Fernández Carrasquilla, J., "Concepto y límites del Derecho Penal", 2ª. edición, Ed. Temis, Bogotá, 1994.
- Ferrajoli, L., "Derecho y razón", Trad. De Perfecto A. Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayán Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, 2ª. Edición, Ed. Trotta, Madrid, 1997.
- García, L., "Reincidencia y punibilidad", Ed. Astrea, Bs.As., 1992.
- García Arán, M., “Penas y medidas de seguridad en el Código Penal Español de 1995, Barcelona, 1997.
- Haffke, B., “Reincidencia y medición de la pena”, en “El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales, VVAA, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- Langón Cuñarro, M., “Prevención criminal y población carcelaria”, en Revista Brasileira de Ciências Sociais, Año 6, N° 22, San Pablo, 1998.
- Langón Cuñarro, M., “Curso de Derecho Penal y Procesal Penal”, Tomo III, Ediciones “Del Foro”, Montevideo, 2001.
- Langón Cuñarro, M., “Curso de Derecho Penal y Procesal Penal”, Ediciones “Del Foro”, Montevideo, 2003 (A).
- Latagliata, A.R., "Contribución al estudio de la reincidencia", Trad. De Carlos Tozzini, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1963.

- Libro de Sesiones del Segundo Congreso Latino Americano de Criminología, Tomo I, Santiago de Chile, 1941.
- Maggiore, G., "Derecho Penal", Vol. II, Ed. Temis, Bogotá, 1972.
- Manzini, V., "Tratado de Derecho Penal Italiano, Parte General", Tomo II, Trad. Santiago Santís Melendo y Marino Ayerra Redín, EDIAR, Bs. As., 1965.
- Marín de Espinosa Ceballos, E.B., "La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales", Ed. Comares, Granada, 1999.
- Martínez de Zamora, A., "La reincidencia", Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971.
- Maurach, R., "Derecho Penal, Parte General", Tomo 2, Ed. Astrea, Bs.As., 1995.
- Mayntz, Renate y otros, "Introducción a los métodos de la sociología empírica", Madrid, Alianza, 1975.
- Mezger, E., "Tratado de Derecho Penal", T. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.
- Mir Puig, S., "La Reincidencia en el Código Penal", Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1974.
- Muñoz Conde, F., "Teoría General del Delito", Ed. Temis, Bogotá, 1990.
- Pesce, E., La individualización de la pena en nuestro ordenamiento jurídico penal, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 2003 (A).
- Pisapia, G. D., "Reflexiones sobre la reincidencia", en Estudio Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, AAVV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964.
- Puig, G., "Análisis de la Imputabilidad", en Cuadernos de la Facultad de Derecho, Segunda Serie, N° 10, Montevideo, 1989.
- Redondo, S., Funes, J. y Luque, E., "Justicia Penal y Reincidencia", Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1994.
- Rodríguez Mourullo, G., "Medidas de seguridad y Estado de Derecho", en "Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad", Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, dirigida por el Prof. Dr. Manuel Cobo del Rosal, Universidad de Valencia, 1974.

- Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1976.
- Taylor, S.J. y Bogdan, R., “Introducción a los métodos cualitativos de investigación”, Ed. Paidós, Barcelona, 1987.
- Tornaría, L., “Medidas de seguridad eliminativas”, en Cuadernos de la Facultad de Derecho, Segunda Serie, N° 10, Montevideo, 1989.
- Uriarte, C., “Control institucional de la niñez adolescencia en infracción”, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 1999
- Vallés, J., "Técnicas cualitativas de investigación social", Ed. Síntesis, Madrid, 1997.
- Zaffaroni, E.R., “Evolución de la teoría del delito”, en Revista de Derecho Penal N° 6, Montevideo, 1984.
- Zaffaroni, E.R., Tratado de Derecho Penal General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1988.
- Zaffaroni, E.R., En busca de las penas perdidas, Ed. Temis, Bogotá, 1990.
- Zaffaroni, E.R., “Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal”, 1ª Edición, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Caracas, 1993.
- Zaffaroni, E.R., "Reincidencia", en Revista de Ciencias Penales N° 2, Montevideo, 1996.
- Zaffaroni, E.R., Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997.
- Zaffaroni, E.R., Derecho Penal, Parte General, con la colaboración de Alejandro Slokar y Alejandro Alagia, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.